Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

PROGRAMA DE DOCTORADO
EN ESTUDIOS INTERNACIONALES E INTERCULTURALES

EL EMPLEO DE SIGNOS DINÁMICOS DE ADSCRIPCIÓN RELIGIOSA EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS Y SU GESTIÓN A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO JURÍDICO DEL ACOMODO RAZONABLE

-Estudio de caso de la comunidad sij-

Tesis doctoral presentada por
José Ramón Intxaurbe Vitorica

Dirigida por
Dr. Eduardo J. Ruiz Vieytez

Bilbao, agosto 2016

La investigación, que ha dado lugar a la presente tesis doctoral ha contado con financiación de la Universidad de Deusto, a través de una ayuda del Programa de Formación de Investigadores de la UD.

Para aita y ama, que provocaron el chaparrón

y para María, que lo soportó.

… eta Asierrentzat, lan hau amaitzear zegoenean heldu zena.

Pasa que los cronopios no quieren tener hijos, porque lo primero que hace un cronopio recién nacido es insultar groseramente a su padre, en quien oscuramente ve la acumulación de desdichas que un día serán suyas.

Julio Cortázar – *Historias de cronopios y de famas*

Lo único que puedo decirte es que cuando tú y Jem seáis adultos, quizás recordaréis todo esto con cierta clemencia y con la sensación de que no os defraudé.

Harper Lee – *Matar a un ruiseñor*

Prólogo

"Transformación" es una palabra que hemos oído mucho en los últimos años. Principalmente asociada al significado de modificación de las condiciones existentes, de los paradigmas o de las formas de razonar. Algo de ello hay también en este trabajo, en el que se plantea una lógica para gestionar las necesidades derivadas de la convivencia entre personas que exteriorizan de manera diversa sus concepciones del mundo. Pero también, llegado el momento de poner punto final a una investigación que se ha extendido durante cinco años, quien escribe estas líneas cae en la cuenta de la transformación que esta tesis ha producido en su persona y en sus ideas. Ha sido un viaje intelectual y académico que, si bien en el momento de ser emprendido era incierto en cuanto a sus resultados y duración, no sólo ha favorecido el surgimiento de otros proyectos parciales igualmente estimulantes, sino que ha supuesto un camino de autoreflexión sin el cual hoy sería una persona diferente.

El compromiso de escribir una tesis doctoral demanda muchas horas de trabajo en solitario, pero en mi caso no han sido de trabajo en soledad. Esa sensación tan árida e indeseable no se me ha hecho presente gracias al apoyo y la ayuda de muchas personas con quienes estoy en deuda. Es de justicia que deje constancia de que el tamaño de esa deuda es directamente proporcional a su inmensa calidad humana y académica. Para mí ha sido un privilegio que me hayan recibido de manera tan generosa.

Debo mencionar en primer lugar a Eduardo Ruiz Vieytez. Quien haya leído la portada de este trabajo habrá comprobado que es el director de esta tesis. Sin embargo, esa escueta información no puede reflejar todo lo que su nombre y su persona significan para el autor de este estudio. Director, maestro, mentor, guía y, sobre todo, amigo (y ese es tal vez el mayor beneficio obtenido por quien firma este texto al hacer balance de este proyecto). No me cabe duda de que lo que he recibido ha superado, con mucho, las expectativas que tenía el día que decidimos emprender juntos esta investigación. Eduardo constituye una referencia académica, ética y personal de la que espero seguir disfrutando durante muchos años. Eskerrik asko, Eduardo, eskuzabalez ikasle xamur honeri begiak zabalarazteagatik.

Entre las muchas cosas que debo agradecer a mi director está la de haber contado conmigo para colaborar con el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de

Deusto. Los logros académicos de esta institución están a la vista de todos, pero es la calidad humana de sus integrantes la que debo resaltar aquí y ahora. No puedo dejar de mencionar de manera especial a Gorka Urrutia, que ahora tiene en sus manos una responsabilidad apasionante y que ha sido igualmente una referencia todo este tiempo. En rigor fue él la primera persona que me habló del acomodo razonable o de las prácticas de acomodo como materia de investigación. Trinidad Vicente, que desde la elaboración del trabajo de fin de máster me dejó preparado para el reto que ahora concluyo. Dolores Morondo, cuya fina capacidad de argumentar fue muy tenida en cuenta a la hora de armar las premisas que se desgranarán en los sucesivos capítulos. Nieves Lavín, que siempre ha estado al quite dispuesta para echar una mano en lo que fuese necesario, y con una sonrisa a mano. Por supuesto, son más los integrantes del Instituto y, aunque mi relación con ellos haya sido más puntual en relación con esta investigación, tampoco puedo olvidar a Cristina de la Cruz, Joana Abrisketa, Concha Maiztegui, Javi Llorente, Aitor Ibarrola, Asier Martínez de Bringas, Felipe Gómez, Pedro Oiarzabal.

En la inevitable solidaridad entre doctorandos, he tenido la fortuna de disfrutar del apoyo y la amistad de varias personas que, en la misma tesitura, hemos procurado alentarnos dándonos los inevitables ánimos en una travesía tan larga, así como compartiendo recursos de conocimiento. Pienso en Irene Gantxegi, María Nagore, Tina Magazzini, Norman Mukasa, Ester Muñoz, Patricia García Amado, con quienes he compartido conversaciones, dudas, inquietudes y, en ocasiones, algunas ideas que nos han ayudado a seguir adelante.

Fuera del Instituto, debo un recuerdo a Eugenia Relaño, auténtica especialista en el tema de investigación que aquí se aborda, y que tuvo la generosidad de compartir conmigo ideas y textos que han sido muy relevantes en el análisis que se aporta.

Tampoco sería de recibo que no mencionase un agradecimiento general a la propia Universidad de Deusto, que no en vano ha sido el lugar (físico e intelectual) en el que se ha realizado en trabajo que ahora se prologa. Tuve la oportunidad de ser incluido en el programa de Formación de Personal Investigador, sin cuyas facilidades no puedo concebir que este trabajo hubiese visto la luz tal y como lo hace finalmente. Desde Deiker siempre han sido muy amables a la hora de facilitarme un espacio físico adecuado para poder desarrollar esta disertación y tener a mi disposición los recursos necesarios. En este sentido también debo hacer mención al personal del CRAI, cuya profesionalidad se me

ha hecho patente todos los días y me ha resultado indispensable en la tarea que he acometido.

Llega el momento de escribir las últimas líneas de un proyecto que a lo largo de los últimos cinco años ha consumido muchas energías y horas de trabajo. Junto con la alegría y el alivio de haber cumplido con un compromiso que, no por ser voluntario ha sido menos exigente, me domina una cierta nostalgia por despedirme de un empeño que fue iniciado con mucho entusiasmo e ilusión y que, precisamente por ello, ha ocupado un lugar central entre mis ocupaciones y preocupaciones del último lustro. Queda la sensación de que concluye un viaje de crecimiento intelectual y personal que, esperemos, sea el prolegómeno de otras aventuras igualmente fructíferas y estimulantes. Es preciso cerrar unas etapas (por mucho que hayan marcado nuestro devenir personal) para abrir otras. Me vienen a la memoria las palabras, siempre inspiradoras, de Marguerite Yourcenar cuando fue consciente de que debía dar por concluida su indagación sobre el emperador romano Adriano, que había copado sus pensamientos durante varias décadas y dio como resultado, de paso, su brillante obra maestra: "Nuestro intercambio con los demás no se produce más que por un cierto tiempo; se desvanece una vez lograda la satisfacción, la lección sabida, el beneficio obtenido, la obra acabada. Lo que yo era capaz de decir ya está dicho; lo que hubiera podido aprender ya está aprendido. Ocupémonos ahora de otras cosas". Efectivamente, miremos adelante. Aurrera beti.

Orozko, Bizkaia, 4 de agosto de 2016

ÍNDICE DE MATERIAS

ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS xiii

INTRODUCCIÓN

1.- Consideraciones iniciales 1

2.- Objetivos de la investigación 3

3.- Justificación del estudio 5

4.- Pregunta de investigación e hipótesis 9

5.- Algunas precisiones previas 11

5.1.- Simbología dinámica 11

5.2.- El acomodo razonable 13

6.- Metodología empleada y fuentes utilizadas 14

7.- Estructura 16

CAPÍTULO 1. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA

I.- LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL 20

1.- Lo que entendemos por libertad religiosa. 20

1.1.- La libertad religiosa en las primeras declaraciones de derechos. 21

1.2.- La concepción contemporánea de la libertad religiosa. 24

2.- La libertad religiosa en el ordenamiento español. 26

2.1.- Un breve repaso histórico a la regulación de la libertad religiosa en España. 26

2.2.- La regulación de la libertad religiosa conforme a la CE. 28

2.2.1.- El contenido del derecho de libertad religiosa. 31

2.2.2.- Titularidad de la libertad religiosa. 32

2.2.3.- La prestación de la libertad religiosa por los poderes públicos. 33

2.3.- La libertad religiosa en los textos legales internacionales ratificados por España. 36

3.- Los límites del derecho de libertad religiosa. 40

3.1.- Los límites en la CE. 44

3.2.- Los límites en el CEDH. 52

3.2.1.- Los hitos definidores de la limitación a la libertad religiosa de acuerdo al camino marcado por el art. 9.2 CEDH. 54

3.2.2.- Los fines que legitiman la limitación de la libertad religiosa. 57

II.- EL ESTADO ESPAÑOL ANTE LA RELIGIÓN. COOPERAR DESDE LA NEUTRALIDAD. 64

III.- EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZONES RELIGIOSAS. 70

4.- La religión como campo protegido contra la discriminación. 70

5.- El concepto de discriminación indirecta o los efectos adversos del acto neutral. 71

5.1.- La discriminación indirecta como instrumento para la gestión de la diversidad. 72

6.- La discriminación indirecta en la jurisprudencia española. 79

7.- La discriminación indirecta por motivos religiosos en el TEDH. 82

CAPÍTULO 2. LAS LIMITACIONES AL USO DE SIGNOS DINÁMICOS DE ADSCRIPCIÓN RELIGIOSA EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS

I.- VISIBILIZAR LA RELIGIÓN A TRAVÉS DE UNO MISMO. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DEBATE. 86

1.- La esfera pública y la delimitación de “lo público”. 86

2.- Qué vamos a entender por espacio público. 91

3.- La mirada del otro. Un pulso por el poder y el valor de los símbolos. 93

3.1.- La manifestación de la libertad religiosa, ¿una visión objetiva o subjetiva? 96

3.2.- Lo inabarcable de la práctica religiosa y los problemas para acotar la manifestación de la conciencia. 98

3.3.- Los signos de adscripción religiosa, su valor simbólico y la neutralidad del Estado. De *Arrowsmith* a la categorización del *burka* en *S.A.S. c. Francia*. 104

3.3.1.- Lo que nos interesa de los SDAR. 115

3.4.- La limitación de la práctica religiosa y los test de necesidad y proporcionalidad. 117

II.- ESTUDIO DE CASOS SOBRE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA DINÁMICA. 120

4.- Juegos prohibidos. La visibilización de la pluralidad religiosa en el ámbito educativo. 121

4.1.- El reto de la diversidad en el entorno escolar. 121

4.1.1.- Centros docentes privados y la definición del ideario educativo. 122

4.1.2.- Los centros docentes públicos y el mandato de neutralidad del Estado. 124

4.1.3.- Un espacio mixto: los centros docentes concertados. 129

4.2.- La jurisprudencia sobre los SDAR en los centros docentes en España. 131

4.3.- La visión del TEDH y el empleo del margen de apreciación estatal. 137

4.4.- El enfoque adoptado por el CDHNU. 153

5.- El patrón no es el único que manda. La simbología religiosa en el puesto de trabajo. 155

5.1.- El ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral. 155

5.2.- La experiencia española. 158

5.3.- *Business as usual*. El TEDH y el elogio del desempleo como garantía última de la libertad religiosa. 164

6.- Otros ámbitos especialmente sensibles. 171

6.1.- Una presencia inquietante. La difícil conciliación entre la seguridad pública y los signos religiosos. 171

6.1.1.- La identificación personal en lugares caracterizados por sus medidas de seguridad. 171

6.1.2.- La fotografía en documento público. 174

6.2.- El funcionariado y las instituciones del Estado. 177

6.3.- El *burka* y el *niqab*, una nueva dimensión de la otredad. Las prohibiciones de prendas religiosas en la vía pública y los espacios municipales. 179

6.3.1.- Las prohibiciones generales a través de ordenanzas municipales en España o el espíritu de Esquilache. 180

6.3.2.- La vestimenta religiosa en la plaza pública. Caso *Ahmet Arslan*. 184

6.3.3.- *SAS c. Francia*. Una aportación creativa a la expansión de los límites a la manifestación de la libertad religiosa. 186

III.- RECAPITULACIÓN. 192

CAPÍTULO 3. EL ACOMODO RAZONABLE EN NORTEAMÉRICA. DESDE SU ORIGEN A SU CONFIGURACIÓN ACTUAL

I.- LA DIVERSIDAD RELIGIOSA EN EL ESPACIO PÚBLICO NORTEAMERICANO. 202

1.- El cielo (no) puede esperar. La gestión democrática de la diversidad religiosa. 202

2.- El espacio público y la manifestación religiosa en Norteamérica. 205

II.- EL ORIGEN DEL ACOMODO RAZONABLE. EL CAMINO ESTADOUNIDENSE. 210

3.- La relación del Estado con las confesiones religiosas. Referencia a los credos minoritarios. 210

4.- La Ley de Derechos Civiles y la prohibición de discriminar. 216

4.1.- El ideal de la igualdad en la "discriminación por efecto adverso". 217

4.2.- El alcance de la discriminación por razón de religión. 219

4.3.- Las dudas de los tribunales de justicia. 221

4.4.- El congreso lo intenta de nuevo: la enmienda del Título VII en 1972. 222

5.- La construcción judicial del *acomodo razonable* en Estados Unidos. 224

III.- LA EXPERIENCIA CANADIENSE. 229

6.- La respuesta canadiense al pluralismo religioso. 229

7.- El cambio de paradigma del artículo 27 CCDL. El carácter "neutral" de la tradición frente a la libertad religiosa de las minorías. 233

8.- La ruptura con la igualdad formal. 236

9.- La apuesta por un acomodo negociado. 239

IV.- EL ACOMODO RAZONABLE COMO INSTRUMENTO PARA LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD RELIGIOSA. 244

V.- PARA CONCLUIR. 264

CAPÍTULO 4. EL EMPLEO DE SIGNOS DINÁMICOS DE ADSCRIPCIÓN RELIGIOSA GESTIONADO MEDIANTE EL ACOMODO RAZONABLE. LA COMUNIDAD SIJ COMO ESTUDIO DE CASO

I.- RAZONES PARA ESCOGER A LA COMUNIDAD SIJ. 268

1.- La religión sij: del origen punyabí al significado de sus símbolos. 268

2.- Del Punyab al mundo o el tránsito de una identidad religiosa a una identidad nacional. 272

II.- LA PRESENCIA DE LA SIMBOLOGÍA DINÁMICA SIJ EN EL ESPACIO PÚBLICO GESTIONADA MEDIANTE EL ACOMODO RAZONABLE. 280

3.- Pluralismo religioso y seguridad en el aula. 280

3.1.- *Multani* o el desafío de ser coherente con los postulados del multiculturalismo canadiense. 280

3.2.- EEUU. Entre el miedo al *kirpan* y el peso jurídico de la libertad religiosa. 288

3.3.- Reino Unido. Las limitaciones del enfoque racial. 292

4.- El ámbito laboral: Los símbolos religiosos enfrentados a los requerimientos profesionales. 298

4.1.- Los requisitos profesionales impuestos de buena fe. 298

4.1.1.- Puestos de trabajo específicos y expuestos a un riesgo objetivo. 304

4.2.- Requisitos profesionales derivados de las políticas de empresa. 307

5.- Casos especiales del espacio público. 314

5.1.- Ámbitos de sujeción especial: cárceles. 314

5.2.- La seguridad de los espacios públicos. Aeropuertos y otros modos de transporte. 321

5.2.1.- Algunas consideraciones sobre el *kirpan* como arma en Canadá y Estados Unidos 321

5.2.2.- Las prácticas de acomodo frente a la necesidad de seguridad en términos absolutos. 324

5.3.- Por parte de las fuerzas del Estado. El ejército y la policía. 327

5.4.- Ante los poderes del Estado: los tribunales de justicia y las asambleas legislativas. 332

III.- RECAPITULACIÓN. 340

CAPÍTULO 5. DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA AL ACOMODO RAZONABLE A TRAVÉS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

I.- DEL IDEAL ASIMILACIONISTA A LA SUBORDINACIÓN ESTRUCTURAL. EL ALCANCE DEL ACOMODO RAZONABLE. 352

II.- LA OBLIGACIÓN DE ACOMODAR COMO EXIGENCIA DERIVADA DE UNA CONCEPCIÓN SUSTANCIAL DE LA IGUALDAD. 364

1.- La discriminación indirecta, un instrumento inclusivo de gestión de la diversidad en el Derecho de la UE. 364

2.- La obligación de acomodar o un concepto no tan novedoso como parece. 369

2.1.- La obligación de acomodar en el Derecho comunitario. 369

2.2.- La obligación de acomodar en el ámbito del Consejo de Europa y Naciones Unidas. 372

3.- El derecho a la participación en la vida pública protegido a partir del principio de igualdad. 375

III.- DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LIBERTAD RELIGIOSA EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL EUROPEA. 380

4.- La experiencia del TJUE. 380

5.- Apuntes de la práctica española. 386

6.- Una visión desde la perspectiva británica y holandesa. 392

7.- Revisión de la jurisprudencia del TEDH en materia de manifestación religiosa. 397

7.1.- Empleo de la figura de la discriminación indirecta por el TEDH y su relación con la obligación de acomodar. 397

7.2.- La proporcionalidad en sentido estricto. La doctrina de *Least restrictive means* como parte integrante del test de objetividad en casos de discriminación indirecta. 404

7.3.- El test de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales. 406

IV.- CONVENIENCIA DE IMPORTAR EL ACOMODO RAZONABLE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO ADECUADO PARA GESTIONAR LA DIVERSIDAD RELIGIOSA. 416

8.- Varias opiniones favorables y la adhesión del TEDH en materia de discapacidad. 416

8.1.- La lógica de los acomodos en las prácticas religiosas. 421

A MODO DE CONCLUSIÓN

1.- El fundamento normativo del acomodo razonable. 433

2.- El acomodo razonable, instrucciones de uso. 440

3.- Acomoda, que no es poco. 445

BIBLIOGRAFÍA 450

SENTENCIAS Y DECISIONES CITADAS 474

NOTICIAS DE PRENSA 487

ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos (de un texto normativo)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Court of Appeal (Reino Unido)
CC	Código Civil
CCDL	Carta Canadiense de Derechos y Libertades
CCRA	Corrections and Conditional Release Act (Canadá)
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDHNU	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CmEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CHRA	Canadian Human Rights Act
CNRC	Canadian National Railway Company
CSC	Correctional Service of Canada
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EA	Equality Act (Reino Unido)
EAT	Employment Appeal Tribunal (Reino Unido)
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission (Estados Unidos)
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETC	Equal Treatment Commission (Holanda)
LBRL	Ley de Bases de Régimen Local
LDC	Ley de Derechos Civiles (Estados Unidos)

LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PQ	Parti Québécois
RFRA	Religious Freedom Restoration Act (Estados Unidos)
RLUIPA	Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (Estados Unidos)
RPBF	Requerimiento profesional de buena fe
RPMC	Real Policía Montada del Canadá
RRA	Race Relations Act (Reino Unido)
SDAR	Signo Dinámico de Adscripción Religiosa
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional (España)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo (España)
TSJB	Tribunal Superior de Justicia de Baleares
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TSJM	Tribunal Superior de Justicia de Madrid
TSC	Tribunal Supremo de Canadá
TSEUA	Tribunal Supremo de Estados Unidos
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Sumario

1.- Consideraciones iniciales 2.- Objetivos de la investigación 3.- Justificación del estudio 4.- Pregunta de investigación e hipótesis 5.- Algunas precisiones previas 5.1.- Simbología dinámica 5.2.- El acomodo razonable. 6.- Metodología empleada y fuentes utilizadas 7.- Estructura

> La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.
>
> Constitución española de 1812 – artículo 12

1.- Consideraciones iniciales

Una lectura detenida a la Constitución de 1812, símbolo del constitucionalismo español decimonónico y especialmente bien considerada por ser la impulsora de relevantes conceptos liberales frente al absolutismo imperante hasta ese momento, sorprende al alcanzar su artículo 12 en el que esperaríamos encontrar la formulación de la libertad religiosa. Sin embargo, lo que nos encontramos es una apelación tajante a la confesionalidad del Estado, la consideración del cristianismo católico como la única fe verdadera y, para terminar, una prohibición al ejercicio de cualquier otro credo. Una redacción, en suma, profundamente iliberal; tanto que elimina cualquier atisbo de libertad religiosa. En este sentido, la Constitución gaditana, a pesar de la pátina de heroísmo que trae consigo el evocar a unas Cortes constituyentes reunidas en una ciudad cercada por las tropas napoleónicas, precisó en ciertos asuntos vistos como relevantes un grado de compromiso entre las sensibilidades liberales y las absolutistas. Todo lo relacionado con la posición de la religión católica es representativo de esta tendencia y se puede apreciar no sólo en la redacción del artículo 12, sino en la invocación a Dios como "*supremo legislador de la sociedad*" en el mismo preámbulo o en los obligatorios requisitos procedimentales de escuchar misa antes de la constitución de las juntas de parroquia (artículo 47), juntas electorales de partido (artículo 71), juntas electorales de

provincia (artículo 86) y en el juramento del cargo de los diputados a Cortes sobre las sagradas escrituras (artículo 117).

El devenir constitucional de los siglos XIX y XX, con las consabidas excepciones republicanas, alumbró textos que, bajo diferentes fórmulas, bien apostaron por mantener la confesionalidad del Estado, bien por regímenes de libertad de culto controlada, salvaguardando la primacía de la religión católica. La vigente Constitución española (CE) de 1978, por más que consagra una visión garantista de la libertad religiosa, no escapa a la tentación de dirigirse a los poderes públicos para que tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, al tiempo que menciona expresamente a la Iglesia Católica como uno de los credos con los que deberán cerrase acuerdos de colaboración.

No obstante, mucho ha cambiado sociológicamente la población española no sólo desde la promulgación del texto de 1812 sino también desde 1978. Como ha ocurrido en la mayoría de países de Europa occidental, España ha pasado a lo largo de la segunda mitad del siglo XX de ser un país de emigración a serlo de inmigración. Europa se ha convertido en sociedad de acogida de individuos que, en primer lugar, llegan como mano de obra económica y rentable. La famosa expresión, atribuida a Max Frisch, acerca de las consecuencias del *Gastarbeiter* o política de los *trabajadores invitados* en Alemania durante los años 60 "*pedimos mano de obra y llegaron personas*" abrió los ojos a quienes pensaban que el fenómeno de la inmigración era pasajero o a quienes aún confiaban en que esas personas recién llegadas sólo estarían presentes físicamente los días de labor, de ocho de la mañana a seis de la tarde, y desaparecerían el resto del tiempo. Más bien al contrario, tanto ellas como sus familias, ejercen influencia en las pautas de interacción social de los países de acogida y demandan crecientemente tomar parte en esas dinámicas privadas e institucionales, tal y como consagra el principio básico que faculta a todos los individuos a participar plenamente de la vida social, económica, política y cultural.

Además, junto a la porosidad de las fronteras es preciso tener en cuenta también la porosidad de las relaciones interpersonales. La identidad de los seres humanos contemporáneos ya no está predeterminada por ciertas convenciones sociales, sino que se configura dialógicamente en un entramado de influencias que pueden solaparse mutuamente. Elementos como el sexo, la adscripción étnica, la religión, la lengua, la identidad sexual… lejos de funcionar como departamentos estancos y predecibles, operan como elementos funcionales de identidades complejas y en constante evolución. De esta

forma, la diversidad de las sociedades occidentales no es un elemento contingente sino permanente y es preciso abundar en herramientas que ayuden a gestionarla de manera satisfactoria. Cuando decimos satisfactoria nos referimos a que la vieja tentación asimilacionista, que impone la renuncia mecánica a las características personales en beneficio de una pretendida cohesión social que empuja en el sentido de las preferencias de la mayoría de la población, ya no resulta coherente con los principios democráticos sobre los que están construidos nuestros ordenamientos jurídicos.

2.- Objetivos de la investigación

El punto de partida de la presente investigación es la convicción de que la gestión de la diversidad, particularmente la religiosa, es uno de los principales retos a los que se enfrentan las democracias liberales de occidente y que, en consecuencia, es preciso dotarse de instrumentos jurídicos que permitan administrar este desafío. No es una tarea sencilla en la medida en que tanto el ordenamiento jurídico como las expectativas sociales han sido configuradas históricamente por una determinada sensibilidad mayoritaria, entendida muchas veces como uniforme, que ha modelado el espacio público a su imagen y semejanza. En el presente, desde una perspectiva crítica e inclusiva, no se trata necesariamente de negar la legitimidad de lo realizado en el pasado, sino de plantear un nuevo paradigma de relaciones en el que las diferentes necesidades tengan la posibilidad de ser escuchadas y gestionadas. Dicho esto, tampoco pretendemos sostener que cualquier creencia o manifestación de la misma deba ser aceptada de manera acrítica por parte de los regímenes democráticos liberales ya que sus ordenamientos jurídicos marcan criterios en torno a cuáles son los límites en cuyos márgenes se mueve la expresión de los credos religiosos. La exploración de este extremo es precisamente uno de los objetivos del presente trabajo.

En definitiva, en un **marco general**, los **objetivos** del presente estudio están vinculados a la necesidad de conocer y de dotarnos de herramientas para gestionar la diversidad desde paradigmas inclusivos y coherentes con los principios democráticos que inspiran nuestros ordenamientos jurídicos. De **manera concreta**, el objetivo de esta investigación se centra en abundar en el estudio, conocimiento y delimitación del potencial de uno de esos instrumentos, el *acomodo razonable,* para gestionar las controversias acerca de la utilización de signos dinámicos de adscripción religiosa (SDAR) como exteriorización de los credos de las personas en el espacio público.

Uno de los ámbitos más complejos de este debate tiene que ver con la amplitud de aquello que está permitido y lo que no puede o no debe serlo. En ese sentido, exploraremos cuáles son los límites que se deben poner al ejercicio de la libertad religiosa en su fuero externo, la manera en que esos límites deben ser interpretados, así como la forma de ponderar los bienes jurídicos que entran en conflicto en cada caso.

La manifestación religiosa, esto es, la exteriorización del fuero interno, está amparada en sus variadas formas por el principio de libertad religiosa. Bien es cierto que esa variedad, revestida en ocasiones de un relevante componente de subjetividad, puede dar lugar a expresiones poco compatibles con las dinámicas del espacio público democrático, cuando no directamente irreconciliables con el mismo. Ahora bien ¿cómo discernir lo permitido de lo prohibido, guiándonos por el principio de *favor libertatis*?, ¿cómo asegurarnos de que tomamos decisiones que preserven el orden público tutelado por la ley sin que esto suponga un gravamen excesivo en las personas que legítimamente desean guiar sus vidas conforme a sus preceptos religiosos? En ocasiones lo inusual de ciertas prácticas o, mejor dicho, nuestra falta de familiaridad con ciertas formas de expresión religiosa, puede contribuir a dificultar esta toma de postura y hacer que nos inclinemos por atajos más sencillos en forma de prohibiciones generales, cuya finalidad no es otra que la de ocultar el fenómeno de la vista, recluyéndolo en la esfera privada de los individuos.

Nuestro punto de vista va a llevarnos a buscar fórmulas que identifiquen los bienes jurídicos en conflicto a fin de confrontarlos y congeniarlos total o parcialmente, sin perder de vista que en ocasiones uno de ellos deberá ser el preponderante en perjuicio del otro. No pensamos que uno de los dos extremos de la balanza (sea la manifestación religiosa, sea el interés público o los derechos de terceras personas) deban predominar o decaer en todo momento, sino que es preciso encontrar herramientas que contribuyan a dotar en cada caso de un contenido y un valor cierto a cada interés concreto. Para ello será necesario delimitar qué es lo que está incluido en el derecho fundamental a la libertad religiosa y en qué contexto de relación entre el Estado y las confesiones religiosas opera. Por otro lado, se deberá definir con precisión cuáles son los casos en los que está prevista la limitación de la libertad religiosa, así como cuál es el contenido de cada uno de esos supuestos.

3.- Justificación del estudio

La **justificación** de nuestra investigación la podemos fundamentar en la necesidad de abordar una profundización democrática que favorezca la consideración de la diversidad como algo positivo y consustancial a las sociedades europeas. La diversidad identitaria y cultural de estas sociedades es un rasgo inherente a las mismas, por más que los procesos de surgimiento y consolidación de los Estados-nación modernos hayan contribuido a ignorarla u ocultarla y exista, en muchos ámbitos, la percepción de que han sido los procesos migratorios del último medio siglo los que la han creado. Esta percepción puede ser igualmente la causante de concebir la diversidad como un factor de ansiedad y de conflictividad. No vamos a negar que la confrontación es consustancial a la pluralidad de puntos de vista, pero también sostenemos que las polémicas son fuente de avance cuando se gestionan de manera constructiva e inclusiva. Por este motivo debemos dotarnos de instrumentos que nos ayuden a gestionar las controversias que la disparidad de cosmovisiones va a traer consigo, sin dejar heridas que puedan ser empleadas como arma arrojadiza en un futuro, sino que se puedan cerrar mediante la transacción, la comprensión de los puntos de vista involucrados y la empatía.

La pluralidad es un elemento congénito a las sociedades humanas y no hay en nuestro entorno europeo ningún Estado que no albergue, o no lo haya hecho a lo largo de su historia, algún tipo de diversidad lingüística, cultural, étnica o religiosa[1]. Ahora bien, esas reclamaciones tradicionalmente se han gestionado a partir de las circunstancias y tradiciones domésticas de cada país y con arreglo a las dinámicas numéricas de mayorías/minorías, siendo los grupos dominantes los que han terminado por imponer sus discursos y puntos de vista en el espacio público. De ahí que, como oportunamente ha sido destacado, los Estados en tanto espacios políticos, han terminado por suponer fronteras naturales a las legítimas expresiones identitarias. Cada Estado ha gestionado el acceso a las libertades fundamentales a partir de su negociación histórica y de sus propias identidades dominantes[2]. Los movimientos migratorios que hoy en día tienen a Europa

[1] Ruiz Vieytez, Eduardo J.; "Diversidad, inmigración y minorías en un marco de derechos humanos" en Ruiz Vieytez, E.J. (dir.) *Derechos Humanos y diversidad. Nuevos desafíos para las sociedades plurales.* Universidad de Deusto: Derechos Humanos, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2008, pp. 25-42.

[2] El propio Ruiz Vieytez, E.J. *ibíd*. llama la atención acerca de este fenómeno, ligándolo a la dicotomía "Nosotros-Ellos" que conduce a definir los elementos integrantes de la identidad propia para excluir del espacio público a lo considerado como ajeno. También se ponen de relieve las limitaciones en el seno de cada Estado para el pleno disfrute de los derechos derivados de la ciudadanía en De Lucas, Javier; "El mito de la interculturalidad" en Añón Roig, M.J. y Solanes Corella, A. (eds.) *Construyendo sociedades*

como punto de destino no han hecho sino poner de nuevo en el centro de la discusión las necesidades de las minorías tradicionales y las de aquellas otras minorías creadas con el devenir de las últimas décadas.

En ese tránsito histórico la diversidad religiosa ha sido uno de los elementos deliberadamente ignorados u ocultados en beneficio de una pretendida cohesión social. La historia del continente europeo está largamente ligada al cristianismo hasta el punto de que hace algo más de una década se debatió en torno a la conveniencia de hacer mención a las raíces cristianas de Europa en el preámbulo de la Carta Magna europea[3]. Mientras se discutía en torno al legado de una creencia religiosa concreta, el espacio público europeo estaba siendo testigo de la creciente visibilización de otros credos en forma de signos de adscripción religiosa portados por personas con vocación de participar de la vida social, cultural, política y económica. Este hecho nos apela a preguntarnos no tanto sobre cuál ha sido nuestra actuación en el pasado sino sobre cómo vamos a gestionar esa diversidad (y los roces que inevitablemente van a venir con ella) en el presente.

La necesidad de abordar este estudio surgió a la vista de las controversias generadas en relación con prácticas religiosas minoritarias y particularmente aquéllas que afectan a la exhibición de prendas y simbología religiosa dinámica en el espacio público. En no pocas ocasiones los debates públicos que abordan estas cuestiones están marcados por una suerte de determinismo fatal, que parece subrayar la imposibilidad de conciliar su uso en el ordinario desenvolvimiento de las dinámicas públicas de las sociedades occidentales.

---

multiculturales. Espacio público y derechos, Valencia: Tirant, 2011, p. 23: "*De ese proyecto de modernidad restringida, cuyo instrumento es el Estado nación concebido sobre el molde liberal restringido y bajo el primado del mercado, forma parte una noción demediadamente emancipadora de los derechos y de la ciudadanía. Ese sujeto político, el Estado, secuestra y demedia a la nación, que no es* populus, *no es* demos *pleno, porque no son sujetos del mismo todos los que forman parte de él*".

[3] El debate basculó entre quienes defendían que un texto normativo no debería posicionarse ni a favor ni en contra de cualquier credo religioso o filosófico, ni siquiera en su preámbulo, a riesgo de volverse parcial o bordear los límites de la confesionalidad, y quienes opinaban que la referencia a las raíces cristianas de Europa sólo buscaba reconocer el peso que ciertos valores nucleares del cristianismo habían tenido en la germinación de los ideales filosófico-políticos que condujeron a los regímenes democráticos europeos. El desencuentro entre los Estados miembro fue notorio. Black, Ian; "Christianity bedevils talks on EU treaty" en *The Guardian*, 25 de mayo de 2004, disponible en http://www.theguardian.com/world/2004/may/25/eu.religion En un principio la posición española fue favorable a esa mención, aunque, tras las elecciones generales de 2004 el nuevo gobierno modificó su postura. Ver un ejemplo de ambos posicionamientos en Grau, José; "Jürgen Habermas: La nación ha de ser independiente de la religión, raza o lengua de sus ciudadanos" en *La Vanguardia*, 26 de octubre de 2003, disponible en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-26-10-2003/abc/Cultura/jurgen-habermas-la-nacion-ha-de-ser-independiente-de-la-religion-raza-o-lengua-de-sus-ciudadanos_216561.html# ; Una visión favorable a la mención al cristianismo en Oreja Aguirre, Marcelino; "La raíces cristianas" en *El País*, 29 de diciembre de 2002, disponible en http://elpais.com/diario/2002/12/29/opinion/1041116411_850215.html

Sin irnos lejos en el tiempo, el conflicto de la joven Nawja Malha en su centro escolar de Pozuelo de Alarcón[4], o las noticias acerca del alumnado sij expulsado por la ley francesa de 2004[5] que prohíbe la exhibición de simbología religiosa en los centros escolares públicos[6], resultaban sorprendentes, principalmente, por la manera traumática con la que se afrontaron, dejando a los interesados fuera de la asistencia a las clases y porque no quedaba claro cuál podría ser la manera de encarar estas polémicas, visto lo enconado de los distintos puntos de vista.

Un repaso, por el momento superficial, a los pronunciamientos de los tribunales[7] en los casos en los que la vestimenta de prendas de inspiración religiosa estaba en juego, nos mostraba que, en la mayoría de las ocasiones, las personas que planteaban sus necesidades religiosas debían ver cómo éstas cedían de manera absoluta en favor de la preeminencia de otros valores o bienes jurídicos estimados como superiores, tales como la neutralidad de la escuela pública, la seguridad de determinados espacios, la dimensión negativa de la libertad religiosa de terceros… Sin negar la relevancia de tales argumentos, se nos hacía difícil entender que el dilema de las personas pertenecientes a estos credos (que, por lo general, históricamente no habían contribuido a la configuración normativa del espacio público) tuviese que conducirles a decantarse de manera radical por abandonar la fidelidad a los preceptos de su fe a costa de su permanencia en el sistema educativo

[4] Cembrero, Ignacio; "Nawja fuera de la clase en Pozuelo por cubrirse la cabeza con un hiyab" en *El País*, 16 de abril de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/04/16/sociedad/1271368803_850215.html El caso de esta alumna madrileña resultó especialmente preocupante ya que no solamente fue le fue prohibida la asistencia a las clases en el instituto en el que estaba matriculada por ser la vestimenta del *hiyab* contraria a los estatutos del centro sino que, cuando se planteó su traslado a uno nuevo, el instituto San Juan de la Cruz, éste modificó sus estatutos para evitar que la alumna pudiese ingresar allí. Finalmente fue un tercer lugar de estudios, el Gerardo Diego, el que aceptó hacerse cargo de la joven.

[5] Ley n° 2004-228 del 15 de marzo de 2004 que enmarca, en aplicación del principio de laicidad, la tenencia de símbolos o ropa que manifiesten una pertenencia religiosa en los colegios, escuelas y liceos públicos.

[6] Agencias; "Expulsados tres sijs de una escuela francesa por llevar turbante" en *El País*, 7 de noviembre de 2004, disponible en http://elpais.com/diario/2004/11/07/internacional/1099782022_850215.html

[7] Torres Benayas, Victoria; "La justicia da la razón al instituto de Pozuelo que vetó a una alumna con velo" en *El País*, 3 de febrero de 2012, archivo disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/02/03/madrid/1328287815_220287.html; Agencia EFE, "El Tribunal de Estrasburgo dicta que prohibir el velo en la universidad no viola la libertad de religión" en *El Mundo*, 11 de noviembre de 2005, archivo disponible en http://www.elmundo.es/universidad/2005/11/11/actualidad/1131727218.html; Quiñonero, Juan Pedro; "El velo islámico se cobra en Francia la expulsión de las dos primeras colegialas" en *ABC*, 21 de octubre de 2004, disponible en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-21-10-2004/abc/Internacional/el-velo-islamico-se-cobra-en-francia-la-expulsion-de-las-dos-primeras-colegialas_9624284317196.html; Agencia EFE; "El CGPJ archiva la queja de una abogada expulsada de un juicio por llevar velo" en *El País*, 8 de febrero de 2010, disponible en http://elpais.com/elpais/2010/02/08/actualidad/1265620641_850215.html; Agencia EFE; "Los sij aprovechan la visita de Sarkozy para reivindicar su derecho al turbante" en Público, 26 de enero de 2008, disponible en http://www.publico.es/actualidad/sij-aprovechan-visita-sarkozy-reivindicar.html

público o en su puesto de trabajo. Nos resultaba complejo interiorizar que realmente hubiera una incompatibilidad tal entre estas formas de manifestación religiosa y el modo de vida occidental. La curiosidad intelectual que dio inicio a nuestra investigación fue la que nos llevó a preguntarnos si realmente no había otra salida jurídica a estos conflictos más que la renuncia absoluta a esta particular forma de exteriorización de la libertad religiosa. Si realmente el perjuicio que estos signos de fe provocaban en los derechos de terceras personas o en los bienes jurídicos merecedores de tutela eran tan flagrantes que no podían zanjarse de otra manera que con el total abandono de las prácticas religiosas, por más que éstas fueran voluntarias o por más que las personas interesadas, no estando dispuestas a abandonarlas por completo, se vieran obligadas a quedar desescolarizadas, a perder su puesto de trabajo o a otras renuncias igualmente dolorosas.

En 2006 tuvimos conocimiento de una nueva controversia proveniente de Canadá, aunque esta vez los argumentos tenían una fundamentación diferente. En esta ocasión el objeto de la disputa versaba acerca de la temeridad que se adjudicaba a la decisión del Tribunal Supremo de Canadá, que había amparado a un joven alumno sij en su pretensión de acudir a las clases de su instituto en Quebec portando la daga ceremonial propia de su credo. No negaremos que, a primera vista, el asunto provocó sorpresa. Un término hasta entonces poco familiar comenzaba a asomar entre los argumentos esgrimidos en estos debates. Se trataba del *acomodo razonable* o, más genéricamente, de las prácticas de acomodo. Parecía que este concepto, acomodar o no las prácticas de los credos minoritarios, tenía un peso relevante en la discusión que nos llegaba desde el país norteamericano. Con posterioridad, ante la creciente polémica provocada por éste y por otros casos en Quebec, tuvimos noticia de que el primer ministro quebequés había convocado una Comisión pública de consulta sobre las prácticas de acomodo en relación con las manifestaciones culturales. Para presidirla se escogió a dos personalidades académicas de reconocido prestigio, Charles Taylor y Gerard Bouchard.

De la lectura del informe resultante, que no por casualidad llevaba el título de *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*[8], pudimos conocer mejor en qué consistía, tanto

[8] Bouchard, Gerard y Taylor, Charles; *Building the future. A time for reconciliation.* Commission du consultation sur les practiques d'accommodement reliées aux diférences culturelles, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, disponible en https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf para acceder a la version completa del informe. Existe una traducción bilingüe (euskera-castellano) de la versión reducida del mismo que corrió a cargo de Ikuspegi y que será la que preferentemente citaremos a lo largo de este

la herramienta jurídica de acomodar como las políticas institucionales de acomodo o, incluso, los ajustes concertados que los particulares realizaban espontáneamente. Si, como hemos indicado, los pronunciamientos en torno a las prendas y signos de inspiración religiosa nos habían dejado muchos interrogantes acerca de la manera de gestionar las exteriorizaciones de la libertad religiosa, la lógica que descansaba tras los *acomodos razonables* nos hacía plantearnos si ahí podía encontrarse una visión más ponderada de esta materia o bien, como apuntaban sus críticos, un enfoque excesivamente permisivo cuyos límites no quedaban claros puesto que ponían en duda la generalidad de las normas jurídicas, amparando los particularismos y favoreciendo la reclusión comunitarista.

4.- Pregunta de investigación e hipótesis

Ésta es, en consecuencia, la pregunta de investigación que nos hemos planteado, ¿Cómo deben afrontarse los conflictos de derechos en los cuales se ve afectado el fuero externo de la libertad religiosa en forma de empleo de signos dinámicos de adscripción de fe? Principalmente cuando esos credos presentan formas de comportamiento que pueden estar alejadas de nuestros hábitos y pautas de conducta. Por este motivo, tales costumbres no han sido previstas por el poder legislativo al promulgar las normas por las que nos guiamos, ni tampoco por quienes han contribuido históricamente a establecer las pautas de comportamiento o los estándares por los que conducimos nuestras expectativas sociales. Tampoco se nos escapa el hecho de que, por mucho que ciertas personas pertenecientes a credos minoritarios sostengan creencias y reproduzcan prácticas de manera sincera, éstas deban ser aceptadas sin crítica o valoración alguna por el resto de la sociedad. Debemos preguntarnos, entonces, por cuál es el límite que nos debe llevar a aceptar o a rechazar esas necesidades religiosas. De la misma manera, también nos debemos cuestionar sinceramente por la legitimidad de aquellos argumentos que, si bien han sido empleados tradicionalmente para rechazar los usos que nos resultan extraños, podrían revelarse, tras un análisis jurídico como el que propondremos aquí, como inadecuados o arbitrarios.

estudio. Bouchard, Gerard y Taylor, Charles; *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*. Bilbao: Ikuspegi, 2010.

Nuestra **hipótesis de trabajo** se puede formular en los siguientes términos: existen formas de gestión de las controversias, que afectan a la manifestación de las preferencias religiosas en forma de SDAR, que pueden ser más adecuadas que las empleadas hasta el momento en el ordenamiento jurídico español en términos de necesidad de la medida restrictiva y en términos de proporcionalidad de las consecuencias derivadas de la eventual limitación.

En relación con la hipótesis que se ha formulado, sostenemos como hipótesis secundaria que los juicios de necesidad y de proporcionalidad no son habitualmente implementados de una manera adecuada. Con frecuencia observamos cómo la exteriorización de los credos religiosos es sacrificada de manera absoluta en los pronunciamientos judiciales, sin que se haya explorado la posibilidad de ponderar los intereses en juego y sin que conste de qué manera o bajo qué condiciones el fuero externo de la libertad religiosa podría llegar a ser tutelado y bien conciliarse o bien preponderar sobre los otros intereses que concurren en ese caso concreto.

Para afrontar los conflictos en los que colisionan dos derechos fundamentales proponemos un modelo para ejecutar los necesarios juicios de necesidad y de proporcionalidad, pues los entendemos como el auténtico eje sobre el que pivota la resolución de controversias de este tipo. A partir de este enfoque, vamos a contemplar los resultados que nos ofrece el análisis de la jurisprudencia en la que el empleo de signos de adscripción religiosa, entendidos como una exteriorización de la libertad de conciencia de los individuos, tienen protagonismo.

Finalmente, también sostenemos, como segunda hipótesis de trabajo, que esas formas de gestión de la diversidad religiosa empleadas en países con una larga tradición de autocomprensión como sociedades plurales (particularmente nuestro objeto de estudio, que es el *acomodo razonable* en Norteamérica) podrían ser importadas a nuestro entorno español o europeo. Es más, aventuramos que, en la medida en que son herramientas vinculadas con el Derecho antidiscriminatorio, algunos de sus principales elementos ya formarían parte de nuestro ordenamiento jurídico, con lo que la eventual importación de estos instrumentos no sería algo absolutamente ajeno, por más que provengan de una tradición jurídica diferente.

Ésta hipótesis de trabajo se atreve a anticipar que la lógica de los acomodos no es ajena a la forma de actuar de la legislación europea (comunitaria o del Consejo de Europa) ni española. De hecho, con otros nombres, aunque con finalidades similares, existen y están plenamente reconocidos. Bien a partir de la ponderación de derechos fundamentales en conflicto (a través de los juicios de necesidad y proporcionalidad) o bien mediante la articulación de la figura de la discriminación indirecta, se podría encontrar una forma de dar acogida a una resolución de conflictos derivados de la exhibición de simbología religiosa dinámica en el espacio público similar a la de las prácticas de acomodo en nuestra jurisprudencia. Todo ello sin perjuicio de que, si el poder legislativo lo estimase conveniente, se podría valorar la importación explícita del instrumento jurídico del *acomodo razonable* con la garantía de la carga excesiva tal y como se ha configurado en la tradición norteamericana.

5.- Algunas precisiones previas

5.1.- *Simbología dinámica*

La preferencia religiosa tiene lugar en el fuero interno de las personas, en su conciencia. Existe en nuestras sociedades la convicción de que nadie debería interferir en este ámbito tan íntimo de los individuos, ni imponiendo un credo determinado ni discriminando a quienes lo profesan. Sin embargo, los credos religiosos, además de extenderse a los dictados de la conciencia, también imponen manifestaciones de fe. Se trata de preceptos mediante los cuales se cumplen pautas litúrgicas o vinculadas al comportamiento derivadas del dogma religioso. Esta exteriorización significa a los creyentes y hace visible su condición de tales a los demás.

Nuestro trabajo va a centrar su mirada en esos elementos físicos que ayudan a las personas a cumplimentar los preceptos religiosos. Fundamentalmente prendas y signos que los individuos llevan consigo. Por ello los definimos como dinámicos, en oposición a aquellos elementos que son exhibidos de manera estática en un edificio, en un lugar de reunión o en la plaza pública. En consecuencia, un crucifijo colocado en la pared, una estatua coronada por un elemento religioso o un desfile público con enseñas religiosas no entrarán en nuestro campo de análisis. Por el contrario, nos centraremos en aquellas prendas o elementos ornamentales que las personas suelen portar consigo, de manera visible y evidente para los demás, en sus actividades cotidianas a título personal, pero en

cumplimiento de un precepto religioso o por inspiración de su fe. Los hemos denominado *signos dinámicos de adscripción religiosa* (SDAR).

Por más que sean percibidos como signos de naturaleza religiosa y de enorme carga simbólica, son elementos que por sí mismos no resultan ni positivos ni negativos. Un turbante, un *hiyab*, un crucifijo o una *kipá* resultan llamativos en la medida en que quienes los portan y quienes los observamos les atribuimos un significado. Tanto en la acción de portar como en la de observar hay un elemento interpretativo. Esta actividad de dotar de significado está en el origen de muchas de las controversias que rodean a los signos de manifestación religiosa.

> "*Lo simbólico es la expresión de algo genuino acerca del modo de ser de los seres humanos en el mundo. En las infinitas relaciones que establecemos con las cosas, con los demás y con nosotros mismos, configuramos también múltiples tiempos y espacios que expresan la radical ambigüedad de la condición humana e inhumana*"[9].

Cuando la atribución de significado es unilateral, obviando la voluntad de quien porta el símbolo, el diálogo puede verse comprometido y la controversia volverse crónica o aparentemente irresoluble. De hecho, la propia concepción de lo que es o no religioso puede verse en tela de juicio. En este punto es en el que debemos preguntarnos por cuál debe ser el enfoque desde el que el Derecho debería gestionar estas diferencias de criterio.

Parece que si adoptásemos un criterio objetivo a la hora de definir cuáles son los elementos a través de los que los fieles de cada uno de los credos manifiestan su adhesión a una determinada fe, los tribunales correrían el peligro de verse involucrados en discusiones dogmáticas no resueltas durante los últimos siglos. Las personas pertenecientes a corrientes doctrinales minoritarias podrían verse excluidas de estas definiciones. Por otro lado, si empleásemos un criterio que avalase la subjetividad del individuo que porta el ornamento religioso nos asomaríamos al abismo de tener que afrontar una cantidad enorme e impredecible de manifestaciones religiosas susceptibles de recibir protección, como expresión del fuero externo de la libertad religiosa.

Resulta evidente que, por mucho que las necesidades religiosas vengan acreditadas por la sinceridad de quienes las ponen en práctica no todas podrían ser aceptadas en una

[9] Mélich, Joan Carles; "Del símbolo" en Larrosa, J. y Skliar, C. (coords.) *Entre pedagogía y literatura*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005, p. 66.

sociedad democrática. Allí donde los derechos de terceras personas estén en trance de ser vulnerados, se debería ejercer un juicio sobre su conveniencia o su modulación. Tal ejercicio valorativo, tasado en las normas jurídicas cuando hacen referencia a las condiciones en las cuales se puede limitar la manifestación religiosa, no debería obviar la necesaria neutralidad del Estado en relación con las confesiones religiosas.

5.2.- *El acomodo razonable*

Uno de los instrumentos disponibles para la gestión de la diversidad social es el *acomodo razonabl*e. Ya ha quedado dicho cómo este concepto ganó notoriedad en los debates que llegaban desde Canadá y que estaban vinculados a la gestión de las necesidades religiosas de las confesiones minoritarias. Un repaso a los pronunciamientos judiciales generados por las necesidades de exteriorización de la fe en España y en el TEDH nos hizo interesarnos por la figura jurídica de la obligación de acomodar y por la manera en la que se dio forma a la misma. Por ello, y por la existencia de diferentes voces que han abogado por la importación de esta herramienta desde el otro lado del Atlántico, nos planteamos rastrear en su origen y en su forma de utilización.

Tanto en Estados Unidos como en Canadá su origen está en el Derecho antidiscriminatorio y, particularmente, en la figura de la discriminación indirecta que parte de una concepción de la igualdad emparentada con la equidad sustancial en lugar de la paridad formal. La discriminación se va a entender como el trato menos favorable otorgado a una persona o una categoría de ellas con base en una característica personal que está protegida, por ser no elegida por los individuos o por ser difícilmente mutable. En este sentido, características como la religión, las convicciones, las opiniones políticas o la lengua son peculiaridades protegidas por ser constitutivas del libre desarrollo de la personalidad de los individuos[10]. En muchas ocasiones los comportamientos discriminatorios no se formulan de manera directa y excluyente en contra de las personas contra las cuales va dirigida. Por el contrario, la medida discriminatoria puede encontrarse formulada en términos neutros e incluso carecer de voluntad discriminatoria. Este análisis de la condición de las actitudes discriminatorias lleva al reconocimiento de la figura de la

[10] Sin ir más lejos, el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda discriminación y menciona particularmente la basada en "*sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*".

discriminación indirecta. Resulta de interés conocer el contexto y la manera en la que fue alumbrada, ya que es a partir de su apuesta por una concepción sustancial de la igualdad mediante la cual se alcanza el convencimiento de que la obligación de acomodar puede ser una fórmula óptima para garantizar el acceso y la participación social, económica y cultural de grupos que tradicionalmente han estado excluidos del espacio público.

6.- Metodología empleada

Para abordar la forma de gestionar las necesidades derivadas de la exteriorización de las preferencias religiosas a través del uso de SDAR se va a emplear un método de análisis basado en la comparación de enfoques jurídicos presentes en textos normativos y pronunciamientos judiciales. La producción doctrinal que en los últimos años se ha generado en la academia es otro de los elementos principales de nuestro estudio. Se pondrá a dialogar a los diferentes autores que han defendido opiniones contrapuestas en la materia que nos ocupa.

Se analizarán las principales normas jurídicas que regulan el derecho fundamental a la libertad religiosa, tanto en la legislación española como norteamericana (canadiense y estadounidense). Tal examen no se realizará en abstracto, sino que se procederá a una labor de contextualización que ayude a comprender tanto la dimensión histórico-jurídica de la norma analizada como su relación con otras instituciones del ordenamiento jurídico que expliquen su configuración actual. Se prestará atención a la perspectiva adoptada en relación con la extensión concedida al fuero externo y a los supuestos en los que la limitación del mismo estaría legitimada. Igualmente se examinará la interacción entre el Estado y las confesiones religiosas. Resulta de especial interés para nuestro estudio la manera de implementar el principio de igualdad y el mandato de no discriminación por causa de religión. Si bien los principios que han inspirado al poder legislativo en cada país con frecuencia son los mismos, su materialización práctica puede ofrecer diferencias significativas.

Como paso inmediato, se analizarán sentencias de casos en los que ha estado en juego la exteriorización de la fe a través del empleo de SDAR. El estudio de la *ratio decidendi* de los pronunciamientos judiciales nos ayudará a comprender cuál ha sido la aplicación práctica de los textos normativos examinados previamente. Se atenderá de manera especial al razonamiento empleado en aquellas controversias en los que el aspecto externo

de la libertad religiosa ha colisionado con otro derecho fundamental o bien jurídico objeto de tutela normativa. La manera en que se haya articulado la ponderación de esos intereses contrapuestos nos resultará relevante. Para ello se propondrá una comprensión concreta de los test de necesidad y de proporcionalidad, mediante los cuales se valorarán los pronunciamientos estudiados.

Fuentes utilizadas

En coherencia con lo dicho anteriormente, las fuentes empleadas para la realización de este estudio serán, en primer lugar, los textos normativos de los países objeto de estudio: España (tanto la legislación doméstica como la generada en el Consejo de Europa y en la Unión Europea), Canadá y Estados Unidos (principalmente los textos constitucionales y la legislación relativa a derechos humanos y el Derecho antidiscriminatorio). Los tratados internacionales también tendrán su espacio en nuestro análisis.

En segundo lugar, se atenderá a la jurisprudencia. Estudios de caso que hacen referencia a la dimensión externa de la libertad religiosa. En el ámbito español la jurisprudencia no es muy abundante en esta materia. Mayor casuística nos encontraremos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Ocasionalmente se traerán a colación pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDHNU) que resulten de interés. Igualmente rica es la experiencia en esta materia de los tribunales de justicia estadounidenses y canadienses.

Ocasionalmente se examinarán documentos administrativos de diferente naturaleza. Por ejemplo, resulta especialmente relevante para nuestro trabajo el escrito en el que se desgranan las conclusiones de la Comisión Bouchard-Taylor, que ya ha sido mencionado. Lo peculiar de su convocatoria y el objeto de su encargo hacen que su experiencia tenga un valor singular. De la misma manera, ciertas instituciones públicas han reflexionado acerca de la posibilidad de que sus empleados u otras personas relacionadas con ellas puedan vestir SDAR, en el campo de las instituciones penitenciarias, el funcionariado público, el alumnado y profesorado de centros escolares de titularidad pública… Estos documentos también nos resultan de un destacado interés.

Como ya ha quedado señalado, a lo largo de toda esta disertación, lo dicho y debatido por la academia será tenido en cuenta, de manera que los textos doctrinales son otra de las fuentes que tienen un destacado peso en la elaboración de esta obra.

7.- Estructura

Para emprender este ejercicio de Derecho comparado se abordarán las experiencias jurídicas de distintas tradiciones. La tutela normativa de la manifestación de la libertad religiosa en el ordenamiento español, bien a través de su legislación doméstica o de la contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), se pondrá en relación con el enfoque adoptado en esta misma materia en Estados Unidos y Canadá. Por este motivo, los capítulos 1 y 3 de este trabajo están interrelacionados. En el primer capítulo se analiza la regulación de la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español, haciendo especial énfasis en las excepciones mediante las cuales puede entenderse limitada la manifestación de las preferencias religiosas. Junto a las normas relevantes en el ámbito doméstico se tendrá en cuenta el papel que el CEDH, así como la jurisprudencia del TEDH, juegan en la interpretación de los preceptos clave en esta materia. Igualmente se prestará atención al régimen de separación entre el Estado y las confesiones religiosas para entender el papel que se reserva a los credos en el espacio público a partir del diseño previsto por la Constitución. Finalmente centraremos nuestra atención en el mandato constitucional de no discriminación por causa de religión, con especial referencia al potencial que encierra la figura de la discriminación indirecta. Esta misma estructura se seguirá en el capítulo 3 al adentrarnos en los ordenamientos jurídicos estadounidense y canadiense. La peculiaridad de este capítulo consiste en que atenderemos a la manera en que, a partir de los parámetros estudiados en estos dos capítulos[11] la figura jurídica del *acomodo razonable* surgió y tomó forma en Estados Unidos y Canadá. A continuación, se estudiarán las sentencias que en cada uno de los dos países contribuyeron a marcar el devenir de esta figura, por caminos contrapuestos, en el mercado laboral. Para finalizar con esta unidad, se prestará atención a los elementos constitutivos del *acomodo razonable* y a la configuración paulatina de los mismos a fin de mejorar su potencial como herramienta de gestión de la diversidad religiosa.

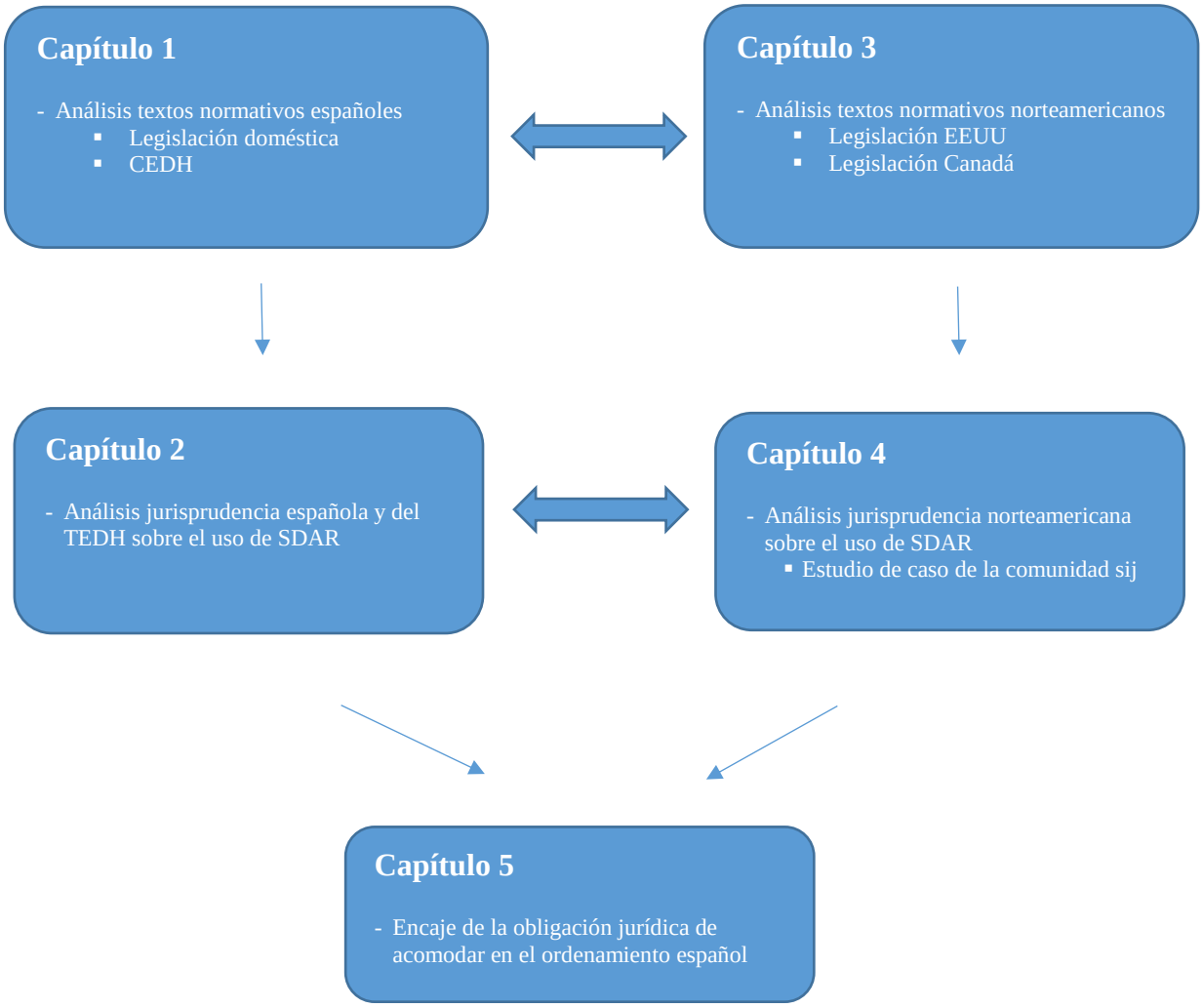
Posteriormente será el momento de poner el foco en la aplicación jurisprudencial de estos principios, algo que llevaremos a cabo en los capítulos 2 y 4. En el capítulo 2 comenzaremos por referirnos a los elementos que conforman el debate en el ámbito

[11] El espacio público y la presencia de la religión en el mismo, el principio de laicidad y la manera de materializar la neutralidad del Estado frente a los credos religiosos, la propia configuración de la libertad religiosa como derecho fundamental y, finalmente, el principio de igualdad junto con el derecho a no ser discriminado.

concreto de la exteriorización de la fe mediante signos de adscripción religiosa, qué vamos a entender por espacio público o cuál es la dimensión y la interpretación que otorgamos a los símbolos. También expondremos la manera en la que entendemos que deben ponderarse los exámenes de necesidad y de proporcionalidad al afrontar una eventual limitación de un derecho fundamental cuando colisiona con otro derecho o bien jurídico merecedor de tutela. Posteriormente repasaremos los casos que se han planteado ante los tribunales españoles a propósito de la manifestación de la libertad religiosa. Igualmente centraremos nuestra atención en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta misma materia, más abundante que la española. Veremos cómo han interpretado los tribunales los conceptos de acuerdo a los cuales se puede limitar la presencia de SDAR en el espacio público y cómo se han articulado las ponderaciones de los bienes jurídicos que han entrado en juego en cada uno de los casos. En el capítulo 4 haremos lo propio con la jurisprudencia generada en Estados Unidos y Canadá, con especial énfasis en el enfoque centrado en el Derecho antidiscriminatorio y en la evolución del mismo hacia la obligación de acomodar, bien por el impulso del poder legislativo o por el desarrollo de esta figura mediante el razonamiento de los tribunales. La abundancia de casos existentes en la práctica de los tribunales en Norteamérica, en comparación con lo analizado en el capítulo 2, nos ha llevado a centrarnos principalmente en los casos resueltos en torno a la comunidad sij. Los fieles de este credo deben observar varios requerimientos en su atuendo que los hacen especialmente visibles. La observancia de los preceptos del sijismo impone una peculiar estética en sus fieles que ha provocado controversias al valorar su adecuación a ciertos requisitos impuestos en el mercado de trabajo, a la escolarización de menores de edad o a los requerimientos derivados de las necesidades de seguridad que imperan en el acceso a determinados lugares públicos. El objetivo consiste en estudiar cómo se han afrontado los conflictos presentados por una fe cuya lógica está alejada de la tradición occidental, pero a la que ha habido que dar respuesta. Se otorgará especial relevancia a la forma de abordar la situación desde las soluciones que aporta el *acomodo razonable*.

Finalmente, en el capítulo 5 se valorará el posible encaje en el ordenamiento y la jurisprudencia española de la obligación jurídica de acomodar o de un razonamiento de parecido alcance como forma de gestionar las controversias acerca del empleo de SDAR. Reflexionaremos acerca del rechazo a las políticas asimilacionistas que descansa tras la figura del *acomodo razonable* e indagaremos si mediante la forma en la que se ha

implementado la discriminación indirecta en el Derecho comunitario y en el propio del Consejo de Europa, hay margen para importar la obligación de acomodar en el campo de la manifestación religiosa. Seguidamente nos cuestionaremos tres aspectos. En primer lugar, si el *acomodo razonable*, con su potencial y sus limitaciones, es un instrumento óptimo para gestionar la diversidad religiosa y, particularmente las necesidades derivadas del uso de SDAR. En segundo término, si esta figura merecería ser importada al ordenamiento jurídico español. Finalmente, nos preguntaremos si realmente tiene posibilidades de ser puesta en práctica o si resulta una herramienta demasiado ajena a nuestra cultura jurídica. Indagaremos si, desde la actual formulación contenida en el ordenamiento jurídico, tanto desde la protección constitucional otorgada a la libertad religiosa como desde la prohibición de discriminar por razón de religión podría aventurarse una forma de razonamiento tuitivo que emparentaría con la visión que descansa tras el *acomodo razonable*.



CAPÍTULO 1
LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA.

Contenido

En este primer capítulo se va a proceder a analizar la regulación de la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español. Para ello se ha dividido su contenido en tres partes. La primera analizará la forma en que se regula la libertad religiosa en tanto derecho fundamental. Junto a las normas relevantes en el ámbito doméstico, se tendrá en cuenta el papel que el CEDH, así como la jurisprudencia del TEDH, juegan en la interpretación de los preceptos clave en esta materia. La segunda parte estudiará el régimen de separación entre el Estado y las confesiones religiosas para entender el papel que se reserva a los credos en el espacio público a partir del diseño previsto por la Constitución. En tercer apartado se centrará en el mandato constitucional de no discriminación por causa de religión, con especial referencia al potencial que encierra la figura de la discriminación indirecta.

Sumario

I.- LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. 1.- Lo que entendemos por libertad religiosa. 1.1.- La libertad religiosa en las primeras declaraciones de derechos. 1.2.- La concepción contemporánea de la libertad religiosa. 2.- La libertad religiosa en el ordenamiento español. 2.1.- Un breve repaso histórico a la regulación de la libertad religiosa en España. 2.2.- La regulación de la libertad religiosa conforme a la CE. 2.2.1.- El contenido del derecho de libertad religiosa. 2.2.2.- Titularidad de la libertad religiosa. 2.2.3.- La prestación de la libertad religiosa por los poderes públicos. 2.3.- La libertad religiosa en los textos legales internacionales ratificados por España. 3.- Los límites del derecho de libertad religiosa. 3.1.- Los límites en la CE 1978. 3.2.- Los límites en el CEDH. 3.2.1.- Los hitos definidores de la limitación a la libertad religiosa de acuerdo al camino marcado por el art. 9.2 CEDH. 3.2.2.- Los fines que legitiman la limitación de la libertad religiosa. II.- EL ESTADO ESPAÑOL FRENTE A LA RELIGIÓN. COOPERAR DESDE LA NEUTRALIDAD. III.- EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZONES RELIGIOSAS. 4.- La religión como campo protegido contra la discriminación. 5.- El concepto de discriminación indirecta o los efectos adversos del acto neutral. 5.1.- La discriminación indirecta como instrumento para la gestión de la diversidad. 6.- La discriminación indirecta en la jurisprudencia española. 7.- La discriminación indirecta por motivos religiosos en el TEDH.

I.- LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

> Contemplo con soberano respeto el mandato del pueblo americano, quien declaró que su Congreso no debería aprobar ley alguna referente al establecimiento de una religión ni que prohibiese el libre ejercicio de la misma, levantando así un muro de separación entre la Iglesia y el Estado.
>
> Thomas Jefferson[12]

1.- Lo que entendemos por libertad religiosa

En la actualidad son habituales las dudas[13] y los debates[14] en torno al lugar que el fenómeno religioso debe ocupar en los espacios públicos de las modernas democracias liberales, al menos en Europa Occidental. No cabe duda de que el factor de la inmigración, o más bien la manera en que está siendo percibida, ha otorgado urgencia y ciertas dosis de alarma a esta controversia[15]. En muchos debates públicos se maneja una concepción de la libertad religiosa como un bien que debe ser ejercido en la estricta privacidad de cada individuo. Esta visión se complementa con una esfera pública dominada por un Laicismo, que no es sino un sinónimo de asepsia religiosa. Da la impresión de que esta construcción no pretende sino erigirse como un dique de contención ante lo que se contempla como una amenaza: la manifestación de la (ya existente) pluralidad religiosa.

---

[12] Carta de 1802 en respuesta a la Asociación Baptista de Danbury.

[13] Sirva como ejemplo el caso del PSOE, que en la conferencia política convocada en noviembre de 2013 reconsideró la posición histórica que el partido había mantenido sobre este tema, en el que lo religioso quedaba relegado a un ámbito estrictamente privado. En la página 49 de la Resolución Política se puede leer: "Pero lo religioso es también asunto público, y por tanto, político. Al Estado corresponde garantizar el ejercicio del derecho de libertad de conciencia y religiosa. Lo religioso es además un hecho social que configura a la sociedad. No es inteligente ignorar el papel de las fuentes morales y religiosas en una sociedad como la nuestra.". Consultado el 03 de enero de 2014 en http://conferenciapolitica.psoe.es/publicaciones/resoluciones#49/z

[14] De nuevo, sirva como mero ejemplo y no con ánimo exhaustivo, Taylor, Charles; "Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo" en Mendieta, E. y Vanantwerpen, J. (eds.) *El poder de la religión en la esfera pública*. Madrid: Trotta, 2011, pp. 39-60; Habermas, Jürgen; "Qué significa una sociedad postsecular? Una discusión sobre el islam en Europa", en *¡Ay, Europa! Pequeños escritos políticos*, Madrid: Trotta, 2009, pp. 64-80; Poulat, Émile; *Nuestra laicidad pública*. México: Fondo de cultura económica, 2012.

[15] Incluso un país de tradición liberal como Canadá, asistió al debate producido en Quebec, a finales de 2013 y comienzos de 2014, acerca de la respuesta que se debe dar a las necesidades religiosas planteadas por el funcionariado público. El gobierno quebequés envió un proyecto al Parlamento (Bill 60) en el que, entre otras medidas, proponía una modificación de la Carta de Derechos y Libertades de esta provincia para incluir en su preámbulo una referencia a la neutralidad religiosa y a la naturaleza secular del Estado como "valores fundamentales de la nación de Quebec". Ver proyecto en http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-60-40-1.html , consultado el 14 de enero de 2014.

Sin embargo, desde una perspectiva centrada en las libertades públicas, no podemos dejar de recordar la paradoja de que la libertad religiosa estuvo en el origen mismo de la ideología liberal y fue uno de los pilares sobre los que se edificó la reacción frente a los regímenes absolutistas. La cartografía política y social trazada por el liberalismo lleva, en palabras de Walzer[16], a superar antiguas visiones de una sociedad uniforme entendida como orgánica e integrada, para pasar a establecer muros de separación (siendo el más representativo el que se levanta entre el Estado y la Iglesia) que marcan dominios específicos, dentro de los cuales se engendran libertades propias. Precisamente las revoluciones que tuvieron a la ideología liberal como inspiración decidieron positivizar en declaraciones de derechos aquellas libertades que consideraban inherentes al ser humano. En este proceso de consagración legislativa de los derechos universales, Jellinek[17] no dudó en otorgar un papel fundacional al ideal de la libertad religiosa. Resulta de interés, de cara a reflexiones que se realizarán más adelante en este trabajo, constatar la diferente manera en la que su formulación se produjo a ambos lados del Atlántico.

1.1.- La libertad religiosa en las primeras declaraciones de derechos.

De manera cronológica, la primera declaración de derechos fue la de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776, cuyo artículo 16 resulta representativo de la manera en que, desde su misma fundación, los Estados Unidos han contemplado la libertad religiosa.

> *Que la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia; y que es deber recíproco de todos practicar la benevolencia cristiana, el amor y la caridad hacia los otros.*[18]

Es cierto que la referencia a valores cristianos resta universalidad al texto, sin embargo, su rechazo ilustrado a la intolerancia –a través de la razón y la convicción– y su mención al principio de igualdad, explican una característica propia de Norteamérica: su aversión a la imposición de una doctrina religiosa y el ejercicio de la libertad individual como

[16] Walzer, Michael; "El liberalismo y el arte de la separación" en *Guerra, política y moral*. Barcelona: Paidós, 2001, pp. 93-114.

[17] Jellinek, Georg; *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Granada: Comares, 2009.

[18] Hervada, Javier y Zumaquero, José Manuel; *Textos internacionales de Derechos Humanos*. Pamplona: EUNSA. 1978, p. 34.

materia prima para la gestación de un espacio público plural. La plasmación de estos valores en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos[19], a través de las cláusulas de *No establecimiento* y de *Libre ejercicio*, permitirá pasar con el tiempo -como apunta Lombardía- del respeto al pluralismo cristiano al respeto al pluralismo religioso, en una democracia que, como se ve en el texto virginiano, no nace en oposición a la religión, sino que la reconoce como un terreno abonado para el ejercicio de las libertades cívicas[20].

La revolución francesa también bebió de las ideas de la Ilustración y, sin embargo, la formulación que se hizo de la libertad religiosa en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, fue diferente. En su artículo 10 se afirma:

> *Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.*

La ruptura que los revolucionarios franceses plantearon con las entonces vigentes estructuras jurídicas, sociales y culturales, todas ellas fuertemente entrelazadas con el cristianismo católico, influyó notablemente en su concepción de la libertad religiosa. La influencia de la revolución francesa en la tradición liberal europea continental, así como el peso de la confesionalidad de las distintas ramas del cristianismo en los países europeos están entre las razones que explican las diferencias que se pueden observar con el enfoque que la cuestión presenta en el ámbito norteamericano. En el nuevo continente los colonos estadounidenses encontraron refugio a la intolerancia religiosa de la que huían y las ideas de la Ilustración les proporcionaron la forma de gestionar la pluralidad de credos que había entre ellos[21].

Es llamativo que la declaración francesa haga referencia a las opiniones y que dentro de ellas incluya a las religiosas. Da la impresión, por un lado, de que sus redactores ya aventuran la existencia de una genérica libertad de conciencia en cada individuo. Aunque, por otra parte, en lo referido a la libertad religiosa, no se detienen a contemplar aquellas manifestaciones del credo religioso, en forma de prácticas o actitudes derivadas de la fe.

---

[19] *El Congreso no hará ley ninguna que adopte el establecimiento de religión del Estado o se prohíba practicarla libremente.* Cascajo, José Luis y García, Manuel; *Constituciones extranjeras contemporáneas*. Madrid: Tecnos, 1994.

[20] Lombardía, Pedro; "Síntesis histórica" en AAVV, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona: EUNSA, 1980, pp. 39-150.

[21] Como recuerda Lombardía, *op. cit., p. 78*.

Sí que se preocupa, por el contrario, en establecer el límite a la manifestación de las opiniones, que estará en el orden público fijado por la ley, un concepto jurídico indeterminado cuya influencia se conserva en el presente.

De esta forma, la protección jurídica de las manifestaciones de religiosidad va a quedar configurada de manera diferente en la tradición norteamericana y en la europea continental[22]. Habermas ha resumido la diferente concepción que, respecto a la religión, descansa tras las formulaciones francesa y estadounidense: "A diferencia de lo que ocurrió en Francia, la introducción de la libertad de religión en Estados Unidos no significó la victoria del laicismo sobre una autoridad que, en el mejor de los casos, había consentido en tolerar a las minorías religiosas según sus criterios propios, que había impuesto a la población. El poder estatal, neutralizado con respecto a las visiones del mundo, no tuvo ante todo el sentido negativo de proteger y librar a los ciudadanos de la coacción a adoptar una fe o una conciencia moral contra su voluntad"[23]. A través de esta comparación también se puede vislumbrar que la respuesta que cada país va a dar al mandato de neutralidad del Estado respecto al fenómeno religioso va a estar condicionada por las circunstancias históricas de cada uno de ellos.

Con su inclusión en las declaraciones de derechos, la libertad de conciencia en materia religiosa era reconocida como un pilar de la autonomía personal al tiempo que obtenía tutela jurídica. Será en el siglo siguiente cuando la libertad religiosa se entienda como un derecho público subjetivo, cuya titularidad no sólo recaiga en los individuos sino también en las confesiones religiosas. En la actualidad la libertad religiosa está conceptuada como un derecho Humano o derecho fundamental. Su reconocimiento se ha llevado a los textos constitucionales (constitucionalización de los derechos humanos), al tiempo que se han articulado instrumentos específicos de fiscalización e interpretación, tanto a nivel nacional como internacional.

Más allá de los dos precedentes citados, los primeros documentos internacionales en los que se reconoce la libertad religiosa son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948) y la Declaración Universal de

[22] Mantecón, Joaquín; "La libertad religiosa como Derecho Humano" en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 85-140.

[23] Habermas, Jürgen; "La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el uso público de la razón de los ciudadanos religiosos y seculares" en *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, 2006, pp. 121-155.

Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

1.2.- La concepción contemporánea de la Libertad religiosa.

Precisamente, la primera tarea al entrar a examinar la regulación de la libertad religiosa en el ordenamiento español es la de preguntarnos por lo que comprende este concepto en las modernas declaraciones de derechos. El texto del artículo 18.1 DUDH pretendió delimitar su contenido:

> "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*".

Se aprecia en la declaración moderna que la libertad religiosa viene acompañada por una referencia a la libertad de pensamiento o libertad ideológica –por emplear la expresión que se utiliza en la CE- que, en su conjunto, alude a una amplia dimensión individual que tiene que ver con la capacidad de las personas al libre discernimiento en los diferentes ámbitos de su vida. De esta forma, mientras en los textos antiguos esta dimensión aparecía confundida o englobada en la libertad religiosa (en la medida en que en el antiguo orden las creencias religiosas tenían el valor de otorgar una concepción completa del mundo y de la existencia), en los textos modernos hay una necesidad de diferenciar ambos ámbitos, aunque su cita conjunta remita a un tronco común. Esto ha llevado a un debate doctrinal sobre la naturaleza de cada una de estas libertades, que excede lo que aquí podemos abordar. Nos limitaremos a afirmar que la libertad de religión se reconoce como expresión de una genérica libertad que tiene que ver con la dimensión intelectual del ser humano (llámese, por ejemplo, libertad de conciencia) y que de acuerdo a la conocida cita de Jean Rivero ofrece "la posibilidad para el ser humano de escoger o de elaborar por sí mismo las respuestas que entiende que debe dar a todas las cuestiones que le plantee el devenir de su vida personal y social, conformar a esas respuestas sus actitudes y sus actos y comunicar a otros lo que tiene por cierto"[24].

[24] Rivero, Jean; *Les Libertés Publiques. Vol. 2 Le régime des principales libertés.* Paris : Presses Universitaires de France, 1977, pp. 144-145.

Como derecho de la persona en sociedad, a la libertad religiosa se le reconoce un ámbito interno que, según el texto de la DUDH, incluye la posibilidad de apostatar, así como un ámbito externo que alcanza tanto a la manifestación de las creencias como al culto derivado de las exigencias de la fe, de manera individual o colectiva, en público o en privado. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas enumeró, a modo de ejemplo, actividades contenidas en el derecho que nos ocupa:

> *El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosas*[25].

Estas características también han sido recogidas en definiciones que llegan desde el ámbito académico. Así, se ha definido la libertad religiosa como: "El derecho a que las personas puedan adoptar, mantener y expresar las ideas, doctrinas, creencias y convicciones propias de las diversas convicciones sobre Dios (o Dioses), el origen y gobierno del universo, así como lo que espera a los hombres después de la muerte, incluyendo la práctica de los cultos y ritos relacionados con esas creencias"[26]. Viladrich, por su parte, la definió como el derecho "que tiene como objeto la fe, como acto, y la fe como contenido de dicho acto, así como la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales, asociadas e institucionales, tanto públicas como privadas,

[25] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Comentario General número 22: *El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18)*, de 30 de julio de 1993. Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/rev.1/Add.4, párrafo 4.

[26] Balaguer Callejón, Francisco; (coord.) *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*. 8ª ed. Madrid: Tecnos. 2013, p. 119.

con libertad para su enseñanza, predicación, culto, observancia y cambio de religión y de profesión de la misma"[27].

Se entiende que la libertad religiosa también ampara a aquellas personas que, en su comprensión de la existencia, han llegado a posiciones agnósticas o ateas, tanto en una vertiente activa –derecho a manifestar su punto de vista– como pasiva –derecho a que no se les imponga una determinada concepción contraria a sus puntos de vista–. Excluir las visiones agnósticas o ateas de la definición de libertad religiosa llevaría a considerar ésta última como una "hijuela" de la libertad ideológica o de pensamiento.

2.- La libertad religiosa en el ordenamiento español.

2.1.- Un breve repaso histórico a la regulación de la libertad religiosa en España.

Entendida la libertad religiosa de la manera en que se ha visto en las definiciones reproducidas más arriba, lo cierto es que en la historia del constitucionalismo español no ha encontrado reflejo en demasiados textos. En ellos domina la abierta confesionalidad católica, como en el Estatuto de Bayona de 1808, la Constitución de Cádiz de 1812[28] y la Constitución de 1845. La Constitución de 1876, que igualmente realiza una declaración de confesionalidad, deja abierta expresamente la posibilidad de tolerar otros cultos siempre que ocurran en la esfera privada. Especial mención merecen las Constituciones de 1837 y de 1869. La primera por no contener fórmula confesional a cambio de consagrar un peculiar modelo de *confesionalidad "presupuestaria o tutelar"* por parte del Estado[29]. La segunda por reconocer expresamente la libertad de cultos, sin renunciar a la misma formulación "tutelar" de la Iglesia Católica contenida en la primera.

En consecuencia, sin tener en cuenta el proyecto de Constitución federal de 1873[30] que no se llegó a discutir, la primera formulación constitucional de la libertad religiosa totalmente ajena a confesionalidades expresas o latentes la debemos encontrar en 1931. Después de afirmar en el artículo 3 la inexistencia de religión oficial, procedía en los

[27] Viladrich Bataller, Pedro. J.; "Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978" en *Revista de Derecho Público*, nº 90, enero-marzo, 1983, p. 85.

[28] Precisamente en estos dos textos (1808 y 1812) hay una mención a que no se tolerarán otras confesiones.

[29] Expresión que emplea Jiménez Asensio, Rafael; *Apuntes para una historia del constitucionalismo español*. Zarautz: Itxaropena, 1992, pp. 68-69. El artículo 11 indica "La nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica que profesan los españoles".

[30] Que en sus artículos 34, 35 y 36 consagraba la libertad de culto, la separación Iglesia/Estado y prohibía la subvención de los cultos por parte de los poderes públicos.

artículos 26 y 27 a regular ampliamente esta materia, de una manera en la que se vislumbra una reacción frente a la notoria confesionalidad del Estado durante el siglo anterior y las décadas transcurridas del XX. Mucho se ha hablado de esta ruptura con el pasado, que llevó a los sectores católicos a ejercer una política beligerante hacia el régimen de la II República y a convertir la "cuestión religiosa"[31] en uno de los principales temas de controversia de la época, y aún de la actualidad cuando se trata de evaluar los logros y los errores de la segunda experiencia republicana. A los efectos que aquí nos interesan, se dejará constancia de que se consagró la libertad de cultos, aunque se estableció el límite de la moral pública, así como la necesidad de someter las manifestaciones públicas de fe a fiscalización administrativa.

> *Art. 27.- La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública. (…) Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno.*

El repliegue a posiciones confesionales que supuso la dictadura franquista tuvo dos momentos. Hasta 1967, el artículo 6 del Fuero de los españoles configuró un Estado confesional "*la profesión y práctica de la religión católica, que es la del Estado, gozará de la protección oficial*", con tolerancia a otros cultos "*nadie será molestado por sus creencias religiosas ni por el ejercicio privado de su culto*" siempre que no trasciendan a la esfera pública "*no se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica*".

En la segunda época, de la mano de la declaración del Concilio Vaticano II *Dignitatis Humanae*, se reformó la segunda parte del artículo 6 para que pasase a encargar al Estado "*la protección de la libertad religiosa que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público*". Merece la pena mencionar esta reforma ya que es la primera vez que, en la trayectoria de la regulación jurídica de la libertad religiosa en España, se introduce el concepto de orden público como limitador de la misma. Al ser éste un concepto jurídico indeterminado, fue preciso dotarlo de contenido. Se hizo a través del artículo 2.1 de la Ley de Libertad Religiosa de 1967 que

[31] Entre otras medidas, en los artículos 26 y 27, excluía a las Iglesias e instituciones religiosas de la obtención de ayudas económicas por parte de los poderes públicos, se consideraba a aquéllas como asociaciones, quedaban sujetas a todas las leyes tributarias del país y se les privaba del ejercicio de la industria, el comercio y la enseñanza.

encontró su inspiración en el propio texto conciliar[32]. Los elementos integradores del orden público fueron situados en el respeto a los legítimos derechos ajenos, la moral, la paz y la convivencia pública. Eso sí, previamente se volvía a proclamar la confesionalidad del Estado al incorporar al listado el "*respeto a la religión católica, que es la de la nación española, y a las otras confesiones religiosas*". Precisamente la unidad de destino con el credo católico, tan consustancial al régimen franquista, hizo que la, de por sí, complicada labor de ponderación entre el ejercicio de la libertad religiosa y la protección del orden público llevase a las instituciones a decantarse mayoritariamente en favor de ésta última[33].

2.2.- La regulación de la libertad religiosa conforme a la CE

El artículo 16, situado en la Sección 1ª del Capítulo II la CE "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas" acoge la formulación de la libertad religiosa en los siguientes términos:

> *1.- Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*
>
> *2.- Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*
>
> *3.- Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

Se ha destacado que este texto supone una ruptura con la formulación constitucional histórica de esta libertad, en la medida en que desdramatiza el fenómeno religioso, a diferencia de lo previsto en las regulaciones anteriores[34]. Tal y como se ha señalado, de manera coherente con lo establecido en la DUDH y en otros instrumentos internacionales que veremos más adelante, también en el texto constitucional español se singularizan la libertad religiosa y de culto, por un lado, junto con la libertad ideológica, por otro. Aunque cada una de ellas va a tener un régimen jurídico propio, ambas libertades comparten el

[32] En el nº7 de la declaración *Dignitatis Humanae* se hace referencia a los límites de la libertad religiosa.

[33] Aunque se pueden consignar excepciones como las que suponen las sentencias de la sala 4ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1973 –Aranzadi 1864– y de 12 de noviembre de 1975 –Aranzadi 4886-. En ellas se entiende que las labores de proselitismo ejercidas por Testigos de Jehová entran dentro del ámbito de la libertad religiosa y no en el de la limitación propia del orden público.

[34] Álvarez Conde, Enrique. y Tur Ausina, Rosario; *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2013.

límite al que se van a ver expuestas sus manifestaciones, que se sitúa en el orden público protegido por la ley. Este artículo viene precedido (y está relacionado con él) por la prohibición de discriminación por razón de religión u opinión –entre otras– consagrada en el artículo 14[35].

Tampoco se pueden dejar de mencionar dos consideraciones relevantes en relación con la libertad que nos ocupa. Por un lado, la definición contenida en el artículo 1.1 CE, en el que España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, entre cuyos valores superiores figuran la igualdad y el pluralismo político. Para la protección de estos bienes superiores, se configura el principio de neutralidad del Estado, que en materia religiosa está contenido explícitamente en el tercer apartado del artículo 16 (*Ninguna confesión tendrá carácter estatal*). En segundo lugar, los derechos fundamentales –en cuyo terreno nos encontramos– están incardinados en la protección de la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad, principios contenidos en el artículo 10.1 CE.

Como se puede deducir de su formulación constitucional, la libertad religiosa como derecho subjetivo fundamental contiene una dimensión positiva, que se concreta en lo que el Tribunal Constitucional (TC) ha definido como "*el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo*", y una dimensión negativa, vinculada con los arts. 9 y 14 CE, que garantizan a la ciudadanía una capacidad de acción en esta materia con plena inmunidad de coacción por parte del Estado como por parte de terceras personas o grupos sociales[36]. En este ámbito entra, de la misma manera, la protección que articula el punto 2 del art. 16 y que faculta a los individuos a no tener que dar cuenta de sus creencias, su fe o su posición ideológica[37], salvo que se pretendan derivar consecuencias jurídicas del hecho de mantener determinadas creencias[38].

Igualmente, de la lectura del art. 16 CE, podemos extraer que, en tanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una dimensión íntima, que ocurre en el fuero interno de las

[35] Entre otras, STC 19/1985, de 13 de febrero. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 1985).FJ 2; STC 177/1996, de 11 de noviembre (BOE nº 303, de 17 de diciembre de 1996) FJ 9; STC 101/2004, de 2 de junio *(*BOE nº 151 de 23 de junio de 2004) FJ 3.

[36] STC 24/1982, de 13 de mayo (BOE nº 137, de 9 de junio de 1982), FJ 1.

[37] STC 292/1993, de 18 de octubre (BOE nº 268 de 9 de noviembre de 1993), FJ 5.

[38] STC 160/1987, de 27 de octubre (BOE nº 271 de 12 de noviembre de 1987), FJ 4.

personas, cuyo alcance es ilimitado[39], pero también posee una dimensión externa, que se materializa en las manifestaciones de esas convicciones a través de las pautas, ritos y obligaciones que marca el credo[40]. Así lo ha entendido el propio TC para quien: "*cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso*[41]". Este ámbito de libre actuación con arreglo a las propias creencias, que incluye también la posibilidad de hacer actividades proselitistas, podría ser objeto de limitaciones siempre que sean necesarias para el "*mantenimiento del orden público protegido por la ley*". Tendremos ocasión, más adelante, de determinar cómo se dota de contenido a esta expresión. En cualquier caso, es esta dimensión externa y positiva de la libertad religiosa la que nos interesa al abordar la cuestión de los símbolos religiosos individuales.

El principio de la libre proyección externa y colectiva de las creencias religiosas que establece el art. 16.1 CE, sitúa al texto constitucional de 1978 en una clave diferente de la que inspiró a la constitución de 1931. En ésta última ya se ha visto cómo la práctica religiosa era relegada al ámbito privado de las personas. La actual regulación, por el contrario, contiene una visión positiva del fenómeno religioso, circunstancia que se materializa en el encargo a los poderes públicos para que promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos para facilitar el acceso de la ciudadanía al ejercicio de las libertades públicas (art. 9.2 CE[42]) y en el peculiar mandato de cooperación contenido en el art. 16.3, que veremos en su momento.

[39] En este sentido, el mero hecho de profesar ciertas creencias no puede ser la base de la imposición de medidas o sanciones por parte del Estado. En la STC 141/2000, de 29 de mayo (BOE nº 156, de 30 de junio de 2000), se estimó vulnerada la libertad religiosa del demandante ya que se estableció un régimen restrictivo de visitas a sus hijos como consecuencia de su pertenencia al "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España", sin haber probado las amenazas o daños que éste hecho podría provocar en los hijos. Díez-Picazo, Luis M. "Las libertades de conciencia en el ordenamiento español", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 1, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 1889-1907.

[40] STC 128/2001, de 4 de junio (BOE nº 158, de 3 de julio de 2001), FJ 2.

[41] STC 46/2001, de 15 de febrero (BOE nº 65 de 16 de marzo de 2001) FJ4.

[42] "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*".

2.2.1.- Contenido del derecho de libertad religiosa

A partir de estos principios constitucionales, el derecho de libertad religiosa fue desarrollado en la Ley Orgánica 7/1980, de 7 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR). El contenido del derecho en su proyección individual fue plasmado en el artículo 2.1 en un listado sin pretensiones de exhaustividad. Sería imposible agotar las particularidades que pueden darse en este caso, labor que corresponde a doctrina y jurisprudencia[43]. La formulación del apartado (a) es el que requiere nuestra atención:

> *1.- La Libertad religiosa o de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*
>
> *a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.*

El objeto de nuestro análisis, que es el empleo de simbología religiosa dinámica, encontraría amparo en el principio de la *libre manifestación de las propias creencias* que refleja el texto legal. Está encuadrado en la dimensión externa de la libertad religiosa y podríamos decir que contempla la exteriorización de expresiones de motivación religiosa que reflejan la adscripción de los individuos a un determinado credo[44]. Una libre manifestación que, por su propia definición, puede llevarse a cabo a través de acciones de naturaleza muy variada, desde aquellas que pretenden dar cumplimiento a preceptos derivados de la ortodoxia religiosa hasta las costumbres que reflejan una determinada cosmovisión acorde con la fe profesada. Como ocurre con muchas manifestaciones del ser humano, la profesión de fe contiene una peculiar fuerza expansiva. De ahí que el TC emplease una expresión amplia al delimitar la dimensión externa de la libertad religiosa "*aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso*"[45]. En este contexto, el empleo de símbolos religiosos (tanto prendas de vestir como complementos individuales), puede suponer para la persona interesada, un vehículo indispensable para la puesta en práctica de la propia religión, de manera que se puede

[43] Lombardía, Pedro y Fornés, Juan; "Las fuentes del derecho eclesiástico español", en AAVV, *Derecho eclesiástico de Estado español*, Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 321-376.

[44] Hay en esta definición una innegable carga subjetiva en lo que se refiere al significado que las personas dan a esos símbolos y a la motivación que subyace tras la conducta de portarlo. Tocaremos esta cuestión más adelante, al abordar el carácter de los símbolos y la postura del Derecho ante los mismos.

[45] STC 46/2001, *op. cit*. ver § 29.

argumentar que su empleo encuentra amparo en el derecho fundamental de libertad religiosa[46].

2.2.2.- Titularidad de la libertad religiosa

La libertad religiosa es un derecho de titularidad individual y colectiva (*individuos y comunidades* dice el art. 16 CE). En cuanto a los individuos, la LOLR va más allá y emplea la expresión "*de toda persona*", dejando clara que la vertiente de derecho humano que tiene esta libertad, vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) le otorga titularidad universal. Esto es, no sólo los nacionales españoles son sus sujetos activos, sino todos los seres humanos[47].

Con frecuencia asistimos a controversias sobre el uso de prendas o símbolos religiosos por parte de menores. Con independencia de las circunstancias concretas que concurran en cada caso, conviene subrayar que los menores de edad son también titulares del derecho de libertad religiosa. Además de lo ya apuntado, tanto la legislación nacional[48] como internacional[49], además de la jurisprudencia del TC[50], así lo reconocen. En lo referente a su ejercicio, el Derecho de familia (sin perder de vista la peculiar situación del menor, que aún no ha alcanzado la plena madurez física e intelectual) también se decanta por el principio de *favor libertatis*. El artículo 162.1 del Código Civil (CC) excluye del ámbito de la representación legal de quienes ostentan la patria potestad o la tutela del menor "*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*"[51].

[46] Cañamares Arribas, Santiago; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2005.

[47] STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE nº 295, de 10 de diciembre de 2007) FJ 3: *"… la dignidad de la persona, como "*fundamento del orden político y la paz social*" (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador*".

[48] Art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[49] Art. 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio)

[50] STC 141/2000, *op. cit.*, FJ 5.

[51] Para un análisis de las circunstancias que rodean la libertad religiosa del menor sometido a patria potestad, ver Barrero Ortega, Abraham; *La Libertad religiosa en España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 165-173.

La mención que el artículo 16 CE hace a las comunidades implica que, por más que la titularidad primaria del derecho sea individual, el individuo puede ser una persona física o jurídica. La garantía de la libertad religiosa no sería plena si no contemplase la realidad de las confesiones religiosas, que no son sino manifestaciones colectivas de voluntades individuales. La peculiaridad de este ámbito reside en que el concepto de comunidades incluye no sólo a las personas jurídicas ya constituidas, sino también a las confesiones o grupos de personas aun antes de obtener esa personalidad jurídica, que no es sino un requisito administrativo que ciertamente conduce al ejercicio efectivo del derecho, pero cuya titularidad, en tanto derecho fundamental, existe antes incluso de la formalización positiva del Estado. Más aún, la labor de inscripción no faculta a éste para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias de estas entidades o comunidades religiosas más allá de las limitaciones tasadas por ley en el concepto de orden público[52].

Como sujeto pasivo se podría citar en primer lugar al Estado, ya que como ha quedado dicho hay una inmunidad de coacción frente a los poderes públicos. Sin embargo, también podríamos incluir a terceras personas como, por ejemplo, puede ocurrir en los casos de manifestaciones religiosas en el puesto de trabajo[53].

2.2.3.- La prestación de la libertad religiosa por los poderes públicos.

La formulación que contiene el art. 16.1 es la tradicionalmente empleada para los conocidos como derechos de libertad. Esto no impide que la dimensión positiva y externa de la libertad religiosa requiera, en ocasiones, de actuaciones concretas de las administraciones públicas en orden a favorecer su efectivo ejercicio. Esta circunstancia, aunque aparentemente paradójica, ya fue anticipada por el poder constituyente, que previó la necesaria implicación de los poderes públicos en los artículos 9.2 y 16.3 CE, y que, en el campo de la libertad religiosa, tuvo su concreción en el artículo 2.3 LOLR[54].

[52] En la STC 46/2001, *op. cit*. FJ 7-9, se avaló este punto de vista al estudiar el caso de la Iglesia de la Unificación, cuya inscripción registral había sido denegada.

[53] El TC ha conocido casos de esta naturaleza en STC 19/1985, *op. cit.*, en el que una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del séptimo día argumentaba su derecho a practicar el Sabbat; STC 47/1985, de 27 de marzo (BOE nº 94, de 19 de abril) por el caso de una profesora despedida visto que su actividad docente no se desarrollaba conforme al ideario del centro.

[54] "*Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos*".

A la vista de esta regulación parece que la libertad religiosa no está configurada solamente como un derecho de contenido negativo (caracterizado por proteger frente a injerencias del Estado o de terceras personas) sino que tiene una extensión positiva que puede requerir tanto la remoción de obstáculos como la creación de las condiciones que favorezcan su práctica. Esta forma de ejercicio coloca a la libertad religiosa, siguiendo la clasificación de Peces-Barba, como un "*derecho subjetivo de crédito frente al Estado, a los demás poderes públicos o a otros particulares"* [55]. Parecería que esta modalidad de ejecución estaría reservada sólo a los llamados derechos económicos, sociales o culturales, aunque el propio autor (en una postura que modificaba lo sostenido con anterioridad) entendió que incluso un derecho personalísimo, como es el que nos ocupa, goza de esta característica. De hecho, la Constitución acepta una función promocional del derecho y de la acción positiva que ello conlleva por parte del Estado, que es la función que cumple el artículo 9.2[56]. Ahora bien, en la medida en que este artículo tiene un alcance general para todos los derechos fundamentales, su aplicación práctica dependerá de las particularidades de cada uno de ellos.

Atendiendo a la peculiaridad de la libertad religiosa, no parece que la prestación por parte del Estado forme parte de su objeto típico, aunque parece razonable que allí donde su ejercicio se pueda ver dificultado (algo especialmente relevante para aquellos grupos minoritarios que con frecuencia no han tomado parte en la configuración del espacio público) la acción de las administraciones públicas tenga pleno sentido.

En consecuencia, más que el debate sobre la naturaleza jurídica de la libertad religiosa[57], nos interesa aquí la discusión sobre el alcance de las medidas de prestación que, para hacer efectivo el ejercicio de este derecho, debe poner en práctica el Estado. Los principios inspiradores del ordenamiento en esta materia exigen ser especialmente escrupulosos tanto con el principio de igualdad (entendida en su vertiente sustancial y no meramente formal) como con los de neutralidad y separación entre Estado y confesiones

[55] Peces Barba, Gregorio; *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia: Ed. Torres, 1984, p. 43.

[56] Ibíd., p. 25.

[57] Para una panorámica de los argumentos relevantes en este debate, ver Contreras Mazarío, José María; "La libertad de conciencia y convicción en el sistema constitucional español" en *Revista Cidob d'afers internacionals*, num. 77, 2007, pp. 41-63; Polo Sabau, José Ramón; "En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 129, julio-septiembre, 2005, pp. 137-162; Rodríguez García, José Ángel; "¿La libertad religiosa es un derecho de prestación? La respuesta del derecho español" en *Revista de derecho público*, nº 26, Universidad de los Andes, enero-junio, 2011, pp. 1-25.

religiosas. Junto a ellos figura también principio de cooperación con estas últimas (art. 16.3 CE), terreno que exige un especial equilibrio de intereses entre la concepción abierta y positiva de la pluralidad religiosa que se desprende de la lectura constitucional, por un lado, y el mandato de evitar una "*confusión entre funciones religiosas y estatales*"[58], por otro.

En este sentido, la dimensión de derecho de crédito hacia los poderes públicos que contiene la libertad religiosa conllevaría una actuación negativa consistente en la remoción de todos aquellos obstáculos que llegarían a impedir o entorpecer el ejercicio de este derecho. También parece que contaría con una actuación positiva (y más delicada) que consistiría en facilitar las condiciones para el ejercicio de la libertad religiosa cuando concurrieran circunstancias en las que se dificulta su puesta en práctica o bien sea necesaria para superar desigualdades materiales[59]. De ahí que esa característica prestacional en sentido positivo deba realizarse en condiciones limitadas y concretas, principalmente por tres razones. Primera, por no interferir en el mandato de no confesionalidad del Estado e incurrir en situaciones confusas de las que advierte el TC. En ese sentido la actividad de promoción de los poderes públicos debe ir dirigida a la protección de la libertad religiosa pero no al fomento de una práctica o un factor religioso. En segundo lugar, porque coherentemente con el punto anterior, la función principal de las medidas de acción positiva, cuando sean necesarias, es la conservación de la pluralidad religiosa, como valor a preservar por el Estado. Por último, porque se debe evitar amparar con ello prácticas tradicionales de privilegio hacia una confesión.

En consecuencia, si bien es cierto que en la libertad religiosa hay una faceta prestacional o de crédito sin la cual podría quedar vacía de contenido (especialmente para grupos minoritarios o tradicionalmente excluidos del espacio público), por otro lado, a diferencia de otros derechos como el de la salud o el de la educación, la actividad promocional de los poderes públicos no forma parte de su objeto típico. De esta manera, la puesta en práctica de acciones positivas tiene sentido en el ámbito de la superación de desigualdades

[58] Fórmula empleada reiteradas veces por el principal intérprete de la Constitución, ver SSTC 24/1982, *op. cit*.; 177/1996, *op. cit*.; y 46/2001, *op. cit*.

[59] Castro Jover, Adoración; "Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3, 2003.

estructurales o en aquellas circunstancias en las que el ejercicio de la libertad religiosa presenta para los individuos o comunidades dificultades de difícil superación.

2.3.- La libertad religiosa en los textos legales internacionales ratificados por España

El artículo 10.2 CE establece que los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución deberán ser interpretados conforme a la DUDH, así como a los tratados y acuerdos internacionales que hayan sido ratificados por España. Como se verá, la regulación de la libertad religiosa en el ordenamiento español guarda coherencia con los textos legales a los que remite la Carta Magna. Entre los instrumentos que tienen relevancia en el ámbito que nos ocupa, se deben citar aquellos incluidos en lo que se conoce como la *Carta Internacional de los Derechos Humanos*. Además de la DUDH[60], encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[61] (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[62] (PIDESC). De la misma manera, habría que citar la Carta de Niza[63] en el ámbito de la Unión Europea y, de manera muy relevante, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales[64] (CEDH) del Consejo de Europa.

---

[60] Ya se ha reproducido su artículo 18, dedicado a la libertad religiosa.

[61] Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. Art. 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 públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*".

[62] Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. Art. 13.3: "3. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*.

[63] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Hecha en Niza el 7 de diciembre del año 2000. Art. 10: "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, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*.

2. *Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio*".

[64] Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979. Art. 9: "1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar*

Teniendo en cuenta que a lo largo del presente trabajo se van a citar en varias ocasiones los aludidos textos internacionales, conviene preguntarnos por su valor en el ordenamiento español. Respecto a la DUDH, mencionada expresamente por el artículo 10.2 CE, como es sabido se aprobó en forma de Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas y, por tanto, no tiene carácter de Tratado Internacional y, consecuentemente, carece de fuerza de ley. No obstante, por su contenido y transcendencia, no parece que se trate de una Resolución ordinaria o al uso. Siquiera sea políticamente su dimensión tiene una relevancia indiscutible. De ahí que parte relevante de la doctrina internacional haya debatido y concluido que habría adquirido cierto valor jurídico vinculante bien por los principios que subyacen a la Declaración o bien por la vía de la costumbre internacional[65].

En el caso español, esta tendencia se materializó en el hecho de que el Título I de la CE está inspirado, casi de manera literal, en los derechos reconocidos en la DUDH. En este sentido, el debate mencionado tiene una trascendencia práctica menor. No obstante, es cierto que la DUDH ni fue objeto de autorización por las Cortes ni ha sido publicada en el BOE. Esto ha llevado a varios autores a entender que, si bien la Declaración conservaría su naturaleza jurídica original, la mención expresa que se hace en el texto constitucional, así como su equiparación con los acuerdos internacionales, lo elevan como mínimo a canon obligatorio para el enjuiciamiento de la validez constitucional de los actos y normas emanadas por los poderes públicos[66].

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 pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*".

[65] Para una recapitulación de las diferentes posturas mantenidas acerca de la naturaleza jurídica de la DUDH desde su promulgación, ver Oraá, Jaime y Gómez Isa, Felipe; *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2008, pp. 120-142; Ponce Martínez, Carlos F.; "La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos" en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 19-20, 2001-2002, pp. 253-279.

[66] Saiz Arnaiz, Alejandro; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los Derechos Humanos*. El artículo 10.2 de la Constitución española. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 116-124; Cuenca Gómez, Patricia; "La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española" en *Revista de estudios jurídicos, nº12/2012 (segunda época).* Universidad de Jaén, pp. 1.24; Vidal Prado, Carlos; "La recepción de la declaración universal de los derechos humanos por parte de los tribunales constitucionales y europeos: especial referencia al caso español" en *Revue europeenne du droit social*, 1/2012, nº 14, pp. 59-74.

En cuanto al CEDH, lo primero que hay que decir es que su principal recepción en el ordenamiento español se realiza a través del artículo 96.1 CE[67], lo cual lo configura como Derecho interno directamente aplicable. Esto significa que puede ser alegado por la ciudadanía y que debe ser aplicado por tribunales y poderes públicos. La segunda vía a través de la cual "aterriza" en el Derecho doméstico es a través del ya aludido art. 10.2 CE[68], mediante el cual el Convenio se configura como una fuente de interpretación de los derechos fundamentales contenidos, no sólo en la CE sino en todo el ordenamiento jurídico[69].

Debemos preguntarnos a continuación por el valor que tienen las sentencias del principal intérprete del Convenio, que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En primer lugar, habría que subrayar que las SSTEDH tienen el valor de cosa juzgada para el Estado o Estados concernidos por las mismas y que, por otro lado, tienen igualmente el valor de cosa interpretada *erga omnes*, en el sentido de que todos los Estados firmantes están afectados por la interpretación del Tribunal[70]. En este sentido, aunque el TC no ha establecido la manera en que la jurisprudencia del TEDH tendría encaje en el ordenamiento español a través del art. 10.2, sí que ha entendido que referirse a ella es una práctica "autorizada y aún aconsejada"[71]. Una afirmación que viene avalada por su propio empleo continuado de las SSTEDH[72] hasta el punto de que se puede afirmar que se han

[67] Art. 96.1 CE: "*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*."

[68] Circunstancia que se produce de manera incontrovertida desde los primeros pasos de la CE de 1978. En STS de 14 de agosto de 1979 (Sala de vacaciones) -Aranzadi 4676- se cita el CEDH como criterio de interpretación del art. 20 CE. Previamente, incluso, en la STS de 3 de julio de 1979 (Sala nº 4 Contencioso-Administrativo) -Aranzadi 3182- se emplean tanto el PIDCP como la CUDH para interpretar el artículo 22 CE.

[69] STC 78/1982, de 20 de diciembre (BOE nº 13 de 15 de enero de 1983) FJ 4. Sin embargo, esto no convierte a estos tratados y acuerdos internacionales en "*canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*" STC 64/1991 de 22 de marzo (BOE nº 98 de 24 de abril de 1991) FJ 4.

[70] Para más información ver Fernández de Casadevante Romaní, Carlos; "El sistema europeo: el Consejo de Europa" en Fernández de Casadevante, C. (Dir.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Paracuellos del Jarama: Dilex, 4ª ed. 2011, pp. 209-213. En relación con la problemática práctica derivada de la ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento español se puede apreciar en Abrisketa Uriarte, Joana; "Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público - Comentarios de sentencias - Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 5 de noviembre de 2014 (ROJ: ATS 8256/2014)" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, nº 1, 2015, pp. 220-224.

[71] STC 36/1984, de 14 de marzo (BOE nº 80, de 3 de abril de 1984) FJ 3.

[72] En su estudio, que abarca desde 1980 a 1988, Fernández de Casadevante, Carlos; *La aplicación del Convenio europeo de derechos humanos en España*, Madrid: Tecnos, 1988, p. 154, encuentra 61 referencias en sentencias y 15 en autos del TC tanto al CEDH como a jurisprudencia del TEDH. En los años posteriores

incorporado como un criterio de interpretación para las normas jurídicas que afectan a derechos fundamentales[73].

Finalmente, y en lo referente al papel del CEDH como criterio de interpretación de los derechos fundamentales, hay que destacar que habida cuenta de la cantidad elevada de países que lo han firmado y a la diversidad de ordenamientos jurídicos que hay bajo el paraguas del Convenio, se previó en el art. 53 que el nivel de protección de los derechos instaurado en el CEDH es un "estándar mínimo" y que si bien no se puede operar por debajo del mismo, nada impide a los Estados elevar en sus ordenamientos domésticos el nivel de protección o garantía de los derechos en él reconocidos:

> *Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.*

Consecuentemente estaría justificado apartarse de la doctrina del TEDH cuando en ella se establezca un techo de protección inferior al que ya está reconocido en el ordenamiento doméstico[74]. Resulta una práctica contraria a la letra y al espíritu del artículo citado, hacer referencia a jurisprudencia del TEDH –allí donde el Tribunal de Estrasburgo ha aplicado el margen de apreciación estatal– en casos que tienen que ver con países cuyo umbral de protección es inferior a aquel que está consagrado en las leyes españolas.

Tanto el PIDCP como el PIDESC –que recogen como obligaciones de los Estados los derechos contenidos en la DUDH– son tratados internacionales con efecto directo, al haber sido incorporados al ordenamiento interno. Aunque se ha destacado que ninguno de los dos tiene la condición de ser *self-executing*[75], la eficacia interpretativa de los mismos a la luz del 10.2 está fuera de toda duda. Así lo estimó el TC al posicionarse sobre el art. 14.5 PIDCP:

---

las referencias continuaron hasta el punto de que el TC fue añadiendo en sus resoluciones referencias a diferentes instancias del Consejo de Europa, como puso de manifiesto en su estudio, una década después, Saiz Arnaiz, A. *op. cit.*, pp. 155-171.

[73] Rodríguez, Ángel; *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 160-171.

[74] Esta advertencia, junto con el análisis de alguna aplicación poco afortunada del TC en este ámbito, se encuentra en Naranjo de la Cruz, Rafael; "Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)" en *UNED. Revista de Derecho Político*, nº 86, enero-abril 2013, pp. 81-128.

[75] En la medida en que no crean ámbitos específicos de poder de la ciudadanía frente al Estado, sino mandatos directamente dirigidos al propio Estado. Saiz Arnaiz, *op. cit*. pp. 128-129.

> *…conviene subrayar (…) que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de ésta, (…) no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento*[76].

El art. 28 PIDCP prevé la creación de un Comité de Derechos Humanos (CDHNU) como órgano no permanente e independiente de los Estados. Además de constatar la existencia de la vulneración del articulado del Pacto, el Comité expone las medidas que deberían tomarse para la reparación del daño causado. Sus decisiones no son jurídicamente vinculantes, aunque el Comité invita al Estado a informarle del cumplimiento de sus recomendaciones. De esta manera parece que podríamos estar ante resoluciones más que meramente declarativas. Es más, atendiendo a las garantías de independencia que rodean al Comité, así como a la relevancia jurídica de sus decisiones como intérprete de los conceptos jurídicos empleados en el Pacto, se podría argumentar que el TC encontraría en la jurisprudencia del CDHNU elementos vinculantes en la interpretación de los derechos humanos del ordenamiento español, en lo que respecta a los criterios que marca el PIDCP[77].

3.- Los límites del derecho de libertad religiosa

Como ya ha quedado indicado anteriormente, la reflexión sobre los límites de la libertad religiosa está ubicada en la dimensión positiva y externa de este derecho. Tal conclusión se puede, además, extraer de la lectura literal del artículo 16.1 CE *"... sin más limitaciones, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"*. La limitación del derecho queda vinculada al concepto de orden público, cuyo empleo –como se ha podido ver– viene avalado por una larga tradición que alcanza a la declaración realizada por los revolucionarios franceses del siglo XVIII.

[76] STC 42/1982, de 5 de julio (BOE nº 185, de 4 de agosto de 1982) FJ3.

[77] Para la relevancia del CDHNU ver Carrillo Salcedo, Juan Antonio; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 84-85 y Saiz Arnaiz *op. cit*. pp. 128-134.

Para empezar, hay dos consideraciones que conviene avanzar. Por un lado, que el concepto de límite está necesariamente vinculado al de derecho fundamental, ya que éstos nunca tienen un carácter absoluto. En la práctica, los derechos reconocidos en la Constitución pueden entrar en conflicto entre sí o bien con otros bienes merecedores de protección jurídica. En determinadas situaciones, por tanto, puede ser necesario poner limitaciones al ejercicio de ciertos derechos o libertades en aras de proteger otros que entran en conflicto[78]. Ahora bien, incluso en estos casos, el carácter nuclear que los derechos fundamentales tienen en una democracia liberal hace que esa limitación deba hacerse de la manera menos invasiva posible[79]. Abundando en esta idea, el propio TC reconoció (refiriéndose a la libertad ideológica) que el art. 16.1 CE hace posible la viabilidad de otros valores considerados como superiores por nuestro ordenamiento jurídico. La característica troncal de este derecho hace que la ponderación que conduzca a una eventual limitación de sus manifestaciones externas deba ser realizada de manera muy restringida y siempre fundamentando de qué manera se ha vulnerado el orden público protegido por la ley. Esto es, los límites de los derechos fundamentales tampoco tienen un carácter absoluto, y aún menos en el ámbito del art. 16.1 CE. Esta consideración nos conduce al segundo aspecto que hay que constatar.

La remisión constitucional al orden público es, como resulta evidente a primera vista, una apelación a un concepto jurídico indeterminado de discutible pertinencia, por más que su empleo haya sido continuado en la historia y a través de los diferentes regímenes políticos[80]. Las cortes constituyentes españolas debatieron sobre la conveniencia o no de remitirse al orden público, que era un concepto con connotaciones negativas por la forma

[78] "*No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (…) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*. STC 2/1982, de 29 de enero (BOE nº 49, de 26 de febrero de 1982) FJ 3.

[79] "*Las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*". STC 159/1986, de 16 de diciembre (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1986) FJ 6.

[80] "*Si bien es cierto que el orden público ha sido utilizado como fórmula genérica en diversos documentos modernos sobre derechos fundamentales –por ejemplo, en el texto constitucional francés de 1905, eminentemente laicista- y que en un Estado de derecho no puede interpretarse como clausula discrecional sino como concepto jurídico indeterminado estrictamente sometido al control jurisdiccional, resulta evidente que no se trata en modo alguno de una buena formulación*". Beneyto Pérez, José María; "Libertad ideológica y religiosa. Comentarios al artículo 16 de la Constitución española" en Alzaga, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: EDERSA, 1996, p. 324.

en la que había sido empleado durante el régimen franquista. Por esta razón algunos grupos parlamentarios propusieron –sin éxito– formular la limitación de este derecho basándolo en el "respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución"[81]. En lo que sí hubo consenso fue en la prioridad de desvincular el orden público de una comprensión "policial" de no perturbación del orden material:

> *Se ha escrito con todo acierto que la mención al orden público no se ciñe a su perturbación material, sino que tiene un significado jurídico institucional más profundo ya que por tal hay que entender los intereses y los fines generales y básicos que constituyen el fundamento ético-social de la total ordenación jurídica en el seno del Estado*[82].

Tal y como finalmente quedó plasmado en la CE, el orden público al que se refiere es el "protegido por la ley". Esta referencia elimina cualquier tentación de dotar de contenido metajurídico a este concepto, para situarlo exclusivamente en coordenadas jurídicas[83]. También excluye la posibilidad, acerca de la cual ha alertado convenientemente el TC, de caer en la tentación de emplear el concepto de orden público de manera laxa o apoyándose en meras sospechas, esto es, de manera preventiva. En consecuencia, el peligro o el quebranto producido a alguno de los elementos constitutivos del mismo debe quedar acreditado en sede judicial.

> *…el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias (…) en cuanto "único límite" al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para "la seguridad, la salud y la moralidad pública", tal como han de ser*

[81] Fueron enmiendas presentadas por los grupos comunista, socialista y mixto. Combalía, Zoila; "Los límites del derecho de libertad religiosa" en VVAA, *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 472-477.

[82] STS de 27 de junio de 1997, nº 950/1997. Rec. nº 3248/1996 -Aranzadi 4987-.

[83] Sobre el debate entre la comprensión metajurídica y jurídica del orden público ver Carro Fernández-Valmayor; José Luis; "Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública" en *Revista vasca de administración pública*, nº 27, 1990, pp. 9-25.

> *entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto*[84].

De la misma manera, del requisito que caracteriza al orden público como el "protegido por la ley" también se desprende que aquellas actuaciones de los poderes públicos limitadoras del ejercicio de la Libertad religiosa con base en el orden público deben tener apoyo en una norma con rango de ley. Este principio viene además recogido en el art. 53.1 CE como reserva de ley en la tutela de los Derechos y Libertades fundamentales. Es, por tanto, el poder legislativo quien –a través de las garantías procedimentales previstas para la actuación parlamentaria– tiene reservada esta potestad[85].

> *La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido*[86].

Una mayor concreción se le dio al término en la LOLR, que en el art. 3.1 recoge aquellos elementos que constituyen "el orden público protegido por la ley":

> *El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único limite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.*

De acuerdo al mandato del art. 10.2 CE, el texto de la LOLR es coherente con lo establecido por el art. 9.2 CEDH:

> *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*

---

[84] STC 46/2001, op. cit. FJ11

[85] Barrero Ortega, Abraham; *op. cit*, pp. 185-220.

[86] STC 292/2000, de 30 de noviembre (BOE nº 4, de 4 de enero de 2001) FJ11, mencionado en la STS sala 7ª, de lo Contencioso administrativo, de 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2613.

Llama la atención, a primera vista, que mientras para el CEDH los límites de la Libertad religiosa son la seguridad, la salud, el orden y la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás, esos mismos elementos –salvo el del orden– sean en la legislación española los que entran dentro de la concepción de orden público, que es para la CE la única limitación de la libertad religiosa. Para González del Valle, esta situación se debe a que los límites constitucionales son más estrechos que los establecidos por el Convenio. Por ello la redacción de la LOLR pretende, al dotar de contenido al concepto de orden público, volver a los límites más amplios que establece el CEDH[87].

3.1.- Los límites en la CE de 1978

Se van a analizar a continuación los elementos constitutivos del orden público a la luz del papel que pueden jugar en la determinación de la viabilidad del uso de los símbolos dinámicos de adscripción religiosa en el espacio público.

Derechos y libertades de terceros.

Resulta razonable afirmar que en un régimen como el que consagra la CE de 1978, el respeto a los derechos ajenos deviene en un elemento esencial de entre los que constituyen el orden público[88]. Incluso cabría preguntase, y así se hizo en los debates parlamentarios de la LOLR, si no debería ser el único componente que agotase su contenido[89]. Con independencia de estos debates, y bajando al caso que nos ocupa de los SDAR, puede darse una cantidad de casos en los que se produzca un choque entre la manifestación de la libertad religiosa que supone portar un símbolo con los derechos de terceras personas.

En estas situaciones, el TC ha establecido un criterio de resolución que pasa por la aplicación de un test de proporcionalidad a través del cual se deben definir cuáles son los bienes jurídicos que entran en conflicto y posteriormente se deberá determinar bajo qué condiciones puede prevalecer el derecho considerado preponderante. Esas condiciones no deberían perjudicar el interés sacrificado en mayor medida de lo que precisa el interés dominante para ser salvaguardado. En palabras del TC[90]:

[87] González del Valle, José María; *Derecho eclesiástico español*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 248-250.

[88] García de Enterría, Eduardo; "La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo" en *Anuario de Derechos Humanos*, nº1, 1981, pp. 115-128.

[89] Combalía, Zoila; *op. cit*. pp. 480-481; Beneyto Pérez, José María; *op. cit*. p. 329.

[90] STC 154/2002, de 18 de julio (BOE nº 188 de 7 de agosto de 2002) FJ 12.

> "*Tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, hemos de examinar si la realización de las concretas acciones que se han exigido de los padres en el caso concreto que nos ocupa (…) es necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante. (…) cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante*".

Aplicado el principio de proporcionalidad de esta manera, el derecho cedente no debería verse eliminado, ni siquiera coartado, de una manera excesiva o desproporcionada en relación a lo que exige la supremacía del derecho priorizado[91]. No obstante, la ponderación que conduzca a la eventual limitación de derechos fundamentales debe hacerse partiendo de datos ciertos y basados en las circunstancias que concurren en el caso para que de una manera racional se alcance la medida limitadora que se propone. No se debería actuar, por tanto, con base en meras sospechas o posibilidades pues, como ya ha quedado dicho, ello conduciría a una aplicación preventiva del orden público, lo cual está en contra del principio de *favor libertatis*[92].

Seguridad pública

El de seguridad pública también resulta un concepto de difícil precisión. El TC ofreció en su momento la siguiente definición: *"se centra en la actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas"*[93]. De este párrafo se ha deducido que hay dos ámbitos en los que opera el concepto de seguridad. Por un lado, limitando eventualmente la libertad religiosa cuando entre en conflicto con bienes o intereses jurídicos merecedores de protección por parte de los poderes públicos. Esa colisión está perfectamente ejemplificada en los casos de objeción de conciencia, tanto frente a intereses del Estado (por ejemplo, la defensa nacional) como frente a intereses de terceros (por ejemplo, la libertad de empresa).

[91] Cañamares, Santiago; *op. cit*. pp. 28-32.

[92] Se ha indicado cómo el TC ha argumentado en varias ocasiones en este sentido. También lo hizo, a propósito del derecho de manifestación en su sentencia 66/1995 de 8 de mayo (BOE nº 140 de 13 de junio de 1995) FJ 3.

[93] STC 33/1982 de 8 de junio (BOE nº 153 de 28 de junio) FJ 3.

La respuesta que la jurisprudencia española ha dado a las peticiones de objeción de conciencia frente a intereses particulares –por ejemplo, en la STC 19/1985[94]– han puesto el acento en la seguridad jurídica (de la relación laboral pactada en el contrato de trabajo) como bien de protección constitucional. No han sido muchos los casos en los que los tribunales españoles han tenido que afrontar peticiones realizadas por integrantes de minorías relativas a necesidades religiosas en el puesto de trabajo. Por esta razón la citada sentencia merece un estudio detallado, que realizaremos más adelante ya que, aunque no hace referencia a simbología religiosa, su fundamentación resulta de interés al resolver un conflicto de derechos en el que la libertad religiosa se ve implicada. Se puede adelantar que, con independencia de si era factible o no acomodar la petición de la demandante en su empresa, estamos de acuerdo con los autores[95] que plantean que en este caso no parece haberse dado una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto ya que con el enfoque puesto en práctica por el Tribunal la libertad religiosa estaría condenada a ser siempre el derecho cedente y no se prevé en qué condiciones estaría en disposición de prevalecer sobre otro derecho. De esta forma parecería que sólo podría ejercerse cuando no entrase en conflicto con ningún otro interés.

La jurisprudencia estadounidense desarrolló por su parte los conceptos de *Compellíng State Interest* –para certificar la existencia de un interés prevalente del Estado en los casos en los que la objeción se plantee frente a normas estatales– o de *Reasonable Accommodation* para los casos en los que la objeción o la práctica religiosa colisionen con intereses privados. También volveremos sobre ello más adelante.

El segundo ámbito en el que la seguridad pública entra en juego es el que evoca un concepto material ligado a actividades policiales. En palabras del TC, hace referencia a aquella *"actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano (…) engloba, como se deduce de estos pronunciamientos, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su*

[94] STC 19/1985 *op. cit*. ver § 37. Una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del séptimo día pidió a su empresa empleadora que la eximiese de trabajar desde la puesta del sol de los viernes hasta la puesta del sol de los sábados para poder cumplir así con el precepto del Sabbat que le exigía su credo.

[95] Combalía, Zoila; *op. cit*. pp. 492-493; Borges, Lola; "Freedon of religión versus freedom of bussiness management in Spain: Spanish case-law analized in the light of reasonable accommodation figure according to Canadian case-law" en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, nº 8, edición especial, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, pp. 55-70.

naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido"[96].

En este sentido, el ámbito en el que el empleo de simbología dinámica –especialmente el uso de prendas como pañuelos, velos o turbantes– ha podido colisionar con el concepto de seguridad pública es en el de los documentos públicos de identidad. En el ordenamiento español, la Ley Orgánica de protección de la Seguridad Ciudadana[97] contempla los casos en los que las personas pueden ser requeridas para que acrediten su identidad. En el art. 9 prevé que a partir de los 14 años todas las personas tendrán que haber obtenido el Documento Nacional de Identidad para cuya expedición será necesaria una fotografía de su titular. En el desarrollo reglamentario de la anterior ley[98], ambos ya derogados, había que encontrar las referencias a la manera en la que esa fotografía debía ser tomada. En él se decía que la fotografía de la persona interesada debía tomarse de frente y con la cabeza descubierta.

Lo genérico de la redacción llevó a que surgieran dudas en lo referente al atuendo de las monjas católicas y las mujeres de fe musulmana. Para responder a esta situación se emitió un *Escrito Circular de la Comisaría General de Extranjería y Documentación* de fecha 16/10/1998. En el mismo se admitían las fotografías en las que la persona interesada quisiese mostrar su filiación religiosa a través de un atuendo siempre que "*se visualicen determinados rasgos fisonómicos que permitan la identificación de su titular, considerando suficiente a tal efecto la frente, cejas, ojos, nariz, labios y el mentón*" [99].

En la vigente normativa que regula la fotografía del DNI[100], se exige que sea reciente, en color, muestre el rostro del solicitante, de tamaño 32 por 26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas

[96] STC 104/1989, de 8 de junio (BOE nº 158 de 4 de julio de 1989) FJ 3.

[97] Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE nº 77, de 31 de marzo), derogó el anterior texto legal, Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE 22 de febrero de 1992).

[98] Real Decreto 2002/1979, de 20 de julio, sobre modificación parcial del Decreto 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula al documento nacional de identidad. (BOE» núm. 202, de 23 de agosto de 1979).

[99] Citado por Ferreiro Galguera, Juan; "Política del gobierno en materia de libertad religiosa e integración del islam" en Combalía, Z., Diago, M.P., González-Varas, A. (coords.) *Derecho islámico e interculturalidad*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 331-404.

[100] Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica.

de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona.

El conflicto entre el empleo de una prenda religiosa (en este caso el *hiyab*) y la seguridad pública como elemento constitutivo del orden público dio lugar, en este punto, a diferentes interpretaciones. Los requisitos del Real Decreto, interpretados literalmente, podían conducir a rechazar las fotografías de mujeres vestidas con *hiyab* debido a que no tienen "*la cabeza totalmente descubierta*". Así empezó a ocurrir en muchos casos. Sin embargo, desde una perspectiva más ponderada, se podría argumentar que habría que proporcionar el valor que tiene la protección del orden público (materializado en el requisito de la necesaria identificación del rostro) junto con el margen de libertad propio del ejercicio de un derecho fundamental. Así lo entendió la Comisaría General de Extranjería y Documentación que en unas instrucciones de agosto de 2006 indicó que las prendas religiosas podían ser compatibles con los requisitos reglamentarios siempre que dejasen descubierto el óvalo del rostro desde el nacimiento del pelo hasta el mentón y facilitasen la identificación de la persona[101].

Este ejemplo resulta representativo de la necesaria ponderación entre las necesidades del orden público y el ejercicio de un derecho fundamental.

Salud pública

La salud pública aparece citada en el art. 43 CE como un principio rector de la política social y económica, correspondiendo a los poderes públicos la organización y tutela de la misma. Hay autores que han considerado que esta mención no puede leerse separada del art. 15 CE que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral[102]. La cuestión es que, entendida de esta manera la remisión que el art. 3.1 LOLR hace a la salud como uno de los elementos constitutivos del orden público, estaríamos más propiamente en el

[101] Ferreiro, Juan; *op. cit*., p. 404. También se añadió el requisito de tener que justificar la condición de creyente mediante un documento acreditativo de la pertenencia a un culto religioso en aquellos casos en que fuese la primera expedición del DNI con la cabeza cubierta. Las dudas sobre la constitucionalidad de esta exigencia la luz del art. 16.1 CE llevaron dos años después a su eliminación.

[102] Alzaga Villaamil, Oscar; *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ediciones del Foro, 1978, pp. 317-319, entiende que el art. 43 es una concreción –adaptada a las preocupaciones del siglo XX–, de la tradicional formulación del derecho a la vida que se da en los textos constitucionales clásicos.

terreno del ya mencionado límite impuesto por los derechos y libertades de los demás[103], y su función correría el riesgo de quedar vacía de contenido o resultar redundante. "*En consecuencia parece más razonable llevar esta problemática de la salud/vida personal al ámbito del límite derivado de los derechos fundamentales de terceros y/o de otros bienes constitucionales, como el de la salud física y psíquica derivables del principio resultante de la vertiente objetiva del artículo 15 CE desde la cual seguramente podría entenderse mejor la jurisprudencia tuitiva que caracteriza toda esa problemática*"[104].

De esta manera, la interpretación que habría que otorgar a la salud mencionada en el art. 3.1 LOLR es la de aquellos requisitos relacionados con la salubridad pública –entendida como el mantenimiento de condiciones higiénico-sanitarias– y que podrían oponerse a ciertas prácticas religiosas como podría ser el caso del sacrificio de animales[105]. Este criterio interpretativo relacionado con los riegos para la salud en general es el que avaló el TC como coherente con los textos internacionales conforme a los cuales deben interpretarse los derechos fundamentales:

> *… los textos internacionales, que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas (art. 10.2 CE), se refieren en los preceptos citados a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general.*[106]

Con esta interpretación, y en el campo de los símbolos religiosos individuales, no parece que el límite de la salud vaya a jugar un papel importante, ya que cuando esté en juego la

[103] Los casos en los que la afectada es la propia salud, han sido considerados por el TC como propios de una esfera de propia determinación. "*Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, (…) una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad…"* STC 120/1990, de 27 de junio (BOE nº 181 de 30 de julio de 1990) FJ7. Igualmente, el TC incluyó dentro de esta esfera de autodeterminación el complejo caso de un joven Testigo de Jehová que rechazó con "*auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación*" la transfusión que los médicos querían practicarle y que venía autorizada por el juzgado de guardia. "*Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial transcendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)*". STC 154/2002, *op. cit.* FJ 9.

[104] López Castillo, Antonio; "La Libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional", en *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002, p. 80.

[105] Cañamares, Santiago; *op. cit*. p. 35.

[106] STC 154/2002, *op. cit*. ver nota al pie 78, FJ13.

propia salud o la de terceros, entraríamos en el ámbito de los derechos fundamentales de los demás. En cualquier caso, esta corriente doctrinal no es unánime[107].

Moral pública

He aquí un término difícil de definir. Es conocida la referencia del TC a la moral pública como el "*elemento ético común de la vida social*"[108]. El problema es que el "anclaje" social que contiene esta propuesta asume que el contenido de lo que entendamos por moral pública puede variar en función del tiempo y el espacio en que pretenda ser aplicado. Además, la referencia constitucional al "orden público protegido por la ley" remite a un contenido "positivo" que la idea de moral pública –tal y como la concibió el TC– no contiene.

De esta forma, prácticamente resulta más sencillo definir la moral pública por lo que no es que por lo que es. Por definición no puede ser la suma de principios y valores propios de una sola confesión o ideología determinada, sino que serán los valores compartidos por el conjunto de ideologías y creencias que confluyen en la sociedad (a ello obliga precisamente el principio de neutralidad del Estado) y que debe estar orientado –como lo está el mismo concepto de orden público– a la defensa del equilibrio propuesto por los Derechos y Libertades fundamentales[109]. Consciente de esta situación, el propio TC entendió que *"la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que, bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimun ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico"*[110].

[107] El auto del TC369/1984, de 20 de junio de 1984, FJ3 interpreta como "*la salud de las personas*" la referencia que a la salud pública hace como límite el art. 3.1 LOLR y con base en ese argumento, entre otros, desestima el recurso de amparo presentado ante la decisión de un magistrado que autorizó la realización de una transfusión sanguínea a un Testigo de Jehová contra su voluntad. Por el contrario, el TS en sentencia de la Sala de lo Penal de 27 de junio de 1997, *op. cit.*, expone un criterio diferente al afirmar: *"El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección".*

[108] STC 62/1982 de 15 de octubre (BOE nº276 de 17 de noviembre de 1982) FJ3.

[109] Barrero, Abraham., *op. cit.* p. 209; Souto Paz, José Antonio; *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el derecho comparado*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 246-248; Escobar Marín, José Alberto; "El derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos" en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX, 2006, pp. 13-100.

[110] STC 62/1982 FJ3.

La visibilización de cierta simbología religiosa dinámica en el espacio público –especialmente prendas de vestir femeninas que pueden estar ligadas, desde nuestra perspectiva crítica, a formas de dominación patriarcal– ha llevado a muchas voces a preguntarse si su empleo no es contrario al mencionado elemento ético que en este caso podría estar identificado como el respeto a los constitucionalizados principios de igualdad, libertad y no discriminación.

A este respecto resulta interesante señalar, como hace Cañamares, que la ya aludida imposibilidad de aplicar el orden público de manera preventiva, hace igualmente inconveniente juzgar *a priori* la incompatibilidad del *hiyab* o el pañuelo *per se* con el elemento ético que sostienen los valores constitucionales. La implicación que estas prendas tienen con la manifestación de la libertad religiosa no aconseja este enfoque. Incluso, en el caso de que se diese una imposición de ciertas prendas en contra el criterio de la persona que lo lleva, entonces tampoco estaríamos ante el límite de la moralidad pública, sino que tendríamos que adoptar un enfoque penal que desbordaría el marco de la libertad religiosa y sus límites[111].

Concretamente, el principio de igualdad invocado numerosas veces en contra de ciertas prendas de vestir, podría entrar en juego como elemento limitador de la libertad religiosa cuando estas prendas sean empleadas para otorgar un trato que se juzgue discriminatorio hacia quienes lo visten o hacia terceros con base en motivaciones religiosas. Es decir, que se haga un uso espurio del hecho religioso[112]. Caso diferente es el de la persona que viste una prenda en seguimiento de un precepto religioso o por motivación religiosa, a su plena satisfacción, originando en terceras personas el convencimiento de que esa prenda tiene efectos discriminatorios en quien la viste. En ese caso, el perjuicio ocasionado en la persona objeto de discriminación debe ser probado y no quedarse en las meras conjeturas. Una vez más el principio general es el de *favor libertatis*, sin que los elementos que constituyen el orden público puedan emplearse –vía utilización preventiva de los mismos– como la mayor amenaza para el ejercicio de la libertad, siguiendo la advertencia del TC[113].

[111] Cañamares, Santiago; *op. cit*. pp. 37-39.
[112] Ibíd, p. 40.
[113] STC 46/2001 *op. cit*. ver § 29, FJ11, ver nota al pie 72.

3.2.- Los límites a la libertad religiosa en el CEDH.

Ya ha sido explicado el lugar que ocupa el CEDH en el ordenamiento español, así como su virtualidad interpretativa de los derechos y libertades constitucionales. En consecuencia, resulta pertinente analizar de qué manera contempla el Convenio la limitación de la libertad religiosa y cómo se han puesto en práctica los conceptos clave por parte del TEDH.

Como ha quedado dicho, son los párrafos 1 y 2 del art. 9 CEDH los que recogen la formulación de la libertad religiosa. Al respecto el Tribunal de Estrasburgo mantiene, como también lo hace el TC, que la limitación de la que puede ser objeto este derecho se refiere a su fuero externo ya que el interno se configura como un derecho absoluto.

> *The fundamental nature of the rights guaranteed in Article 9 para. 1 (art. 9-1) is also reflected in the wording of the paragraph providing for limitations on them. (…) refers only to "freedom to manifest one's religion or belief". In so doing, it recognizes that in democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected.*[114]

De acuerdo a la lectura literal del art. 9.2 CEDH, hay tres aspectos clave que conviene analizar al afrontar la limitación de la libertad religiosa: en primer lugar, que esa limitación haya sido prevista por la ley[115], en segundo que persiga alguno de los fines legítimos previstos en el CEDH[116] y en tercer lugar que sea necesaria en una sociedad democrática.

El análisis que propone el art. 9.2 no es una excepción en el seno del CEDH. De hecho, indicaciones similares –con el empleo de términos análogos– las encontramos también en los segundos párrafos de los artículos 8 a 11[117]. Ha sido con referencia a este último grupo de preceptos respecto a los cuales el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia interpretativa de los conceptos que nos interesan. Hasta una fecha relativamente reciente –el caso *Kokkinakis c. Grecia* de 1993– el Tribunal no había entrado a valorar el fondo

[114] STEDH, 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Dec. Adm. 14307/88, §33.

[115] Una mención al derecho positivo que ya vimos en la remisión al "orden público protegido por la ley" al que alude el ordenamiento español.

[116] De acuerdo a la literalidad del art. 9.2: la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

[117] Se trata de los límites previstos al derecho al respeto a una vida privada y familiar (art. 8.2), a la libertad de expresión (art. 10.2) y a la libertad de reunión y asociación (art. 11.2).

del asunto en casos referidos al art. 9. Las anteriores demandas basadas en la libertad de religión fueron declaradas inadmisibles[118].

Tradicionalmente, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (CmEDH) realizó una interpretación limitada acerca de los actos de práctica u observancia religiosa que suponen manifestación de la libertad religiosa. Siguiendo esta línea doctrinal, la Corte europea ha entendido que el art. 9 no protege todos los actos motivados por las creencias religiosas sino sólo aquellos que supongan una manifestación de la religión mediante el culto, la enseñanza, la práctica o la observancia. Por ejemplo, en los casos de *Karaduman* y de *Bulut*[119] las demandantes eran estudiantes universitarias turcas que vieron denegadas sus solicitudes para la expedición del título universitario que habían obtenido, por presentar fotografías identificativas en las que tenían su cabeza cubierta por un *hiyab*. Para la Comisión, la petición de las estudiantes se encuadraba en un acto motivado por la religión, pero no era propiamente una manifestación religiosa. De esta manera rebajó notablemente la significación que para las demandantes suponía llevar la cabeza cubierta. Tampoco resultó muy garantista para con la exteriorización de las creencias religiosas el caso de *X contra el Reino Unido*[120], en la que un empleado musulmán solicitaba a su empresa empleadora que le permitiese ausentarse de su puesto de trabajo durante el rezo de los viernes. La CmEDH comenzó a elaborar un argumento repetido con posterioridad[121] y que consiste en considerar la libertad de cambiar de trabajo como una garantía de la libertad religiosa de la parte demandante.

Lo que late bajo estos razonamientos iniciales es que, aunque la Jurisprudencia del TEDH todavía sigue evolucionando, hay dificultades a la hora de congraciar la libertad religiosa con las obligaciones que imponen las normas neutrales, esto es, las que no han sido promulgadas con ánimo de incidir en la esfera de la libertad religiosa de los individuos pero que, en la práctica, ejercen un efecto tal que obligan a las personas a elegir entre

[118] Martínez-Torrón, Javier; "Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos" en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 2, mayo 2003, p. 8.

[119] Ambos casos de 3 de mayo de 1993. *Karaduman c. Turquía*, Ap. nº 16278/90 y *Bulut c. Turquía*, Ap. nº. 18783/91.

[120] Auto de inadmisibilidad de 12 de marzo de 1981, *X c. Reino Unido*. Ap. nº 8169/78.

[121] *Stedman c. Reino Unido*, de 9 de abril de 1997, ap. nº 29107/95. Citado como antecedentes en *Francesco Sessa c. Italia*, de 3 de abril de 2012, ap. nº 28790/08.

mantenerse firmes en el cumplimiento de los preceptos de su fe, contraviniendo la norma o en cumplir ésta última con menoscabo de sus convicciones religiosas[122].

3.2.1.- Los hitos definidores de la limitación a la libertad religiosa de acuerdo al camino marcado por el art. 9.2 CEDH.

Una vez que se ha determinado que ha habido una interferencia en la libertad religiosa de la parte demandante de acuerdo a lo establecido por el art. 9.1, es necesario definir si esa interferencia está justificada a la luz de lo dicho por el art. 9.2. Para ello habrá que juzgar, en primer lugar, si la limitación está **prevista por la ley**. Como se ha dicho al hablar de la LOLR, la reserva de ley tiene sentido en la medida en que hablamos de derechos y libertades fundamentales, a los que hay que rodear de las garantías procedimentales que tiene la creación legislativa. Con esta mención se pretende traer igualmente a colación las características de previsibilidad y accesibilidad relacionadas con el principio del *imperio de la ley*.

En la práctica, como apunta Evans[123], en ocasiones se ha empleado esta alegación para denunciar una interferencia en la libertad religiosa no tanto por una carencia de norma jurídica sino porque se quiere poner en duda la regulación existente. Es lo que ocurrió en el mencionado caso de *Kokkinakis*[124] y en el de *Manoussakis*[125], en el que los demandantes alegaron que a través de la regulación legal vigente se estaba produciendo un abuso del derecho. El hecho de que el Tribunal de Estrasburgo no se atreviese en estos casos a valorar la legislación nacional que se estaba poniendo en cuestión hace, a juicio de la autora británica, que lo que podría haberse erigido en una garantía ante el abuso de poder haya tenido poca eficacia a los efectos del art. 9 CEDH[126].

---

[122] Martínez-Torrón, Javier; *op. cit*., p. 10-11.

[123] Evans, Carolyn; *Freedom of religion under the European Convention of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 139.

[124] *Kokkinakis c. Grecia*, *op. cit*. El señor Kokkinakis y su esposa, Testigos de Jehová, fueron arrestados numerosas veces por causa de sus actividades de proselitismo religioso. Uno de los argumentos empleados por los demandantes fue que la definición que de proselitismo daba la legislación griega era tan vaga y omniabarcante que carecía de garantías y no se podía entender que estuviese prescrito por ley.

[125] *Manoussakis c. Grecia*, de 26 de septiembre de 1996, ap. nº 18748/91. Los demandantes, Testigos de Jehová, alegaban que el Real Decreto por el que se regulaba la apertura de centros de culto otorgaba poderes discrecionales tan amplios a la administración, que cada uno de ellos por sí mismo podía dar pie a una respuesta negativa a la solicitud.

[126] Abundando en esta visión crítica de la interpretación dada por el TEDH al requisito que pide que las limitaciones estén previstas por la ley, Kamal, Jilan; "Justified interference with religious freedom: The European Court of Human Rights and the need for mediating doctrine under article 9(2)" en *Columbia*

En segundo lugar, habrá que analizar si la limitación es **necesaria en una sociedad democrática**. Una vez más nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado al que el TEDH ha tenido que ir dotando de contenido. Cuando ha quedado establecido que la interferencia a la libertad religiosa estaba prevista en la ley, se ha de examinar si la limitación impuesta lo era con base en una necesidad democrática. En tal concepto se pueden distinguir varios elementos.

Por un lado, la referencia a los valores que deben estar presentes en una *sociedad democrática*. No olvidemos que los Estados miembro del Consejo de Europa deben estar dotados de regímenes democráticos. De acuerdo a lo dicho por el TEDH, los valores sin los cuales no se puede dar una sociedad democrática son el pluralismo, la tolerancia y una predisposición liberal[127]. Por otro lado, el concepto de *necesidad*. Para el Tribunal, ésta cualidad se puede encontrar cuando existe una necesidad social imperiosa (*pressing social need*)[128], elemento que debe ser apreciado atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

Esta labor de diagnóstico resulta fundamental para poder poner en práctica otro de los elementos definidores de la pertinencia de la limitación impuesta, que no es otro que el de la *proporcionalidad* de la medida. Con ello se quiere decir que los medios empleados a consecuencia de la imperiosa necesidad social deben corresponderse con la finalidad legítima que se pretende obtener. Dicho de otra forma, que los perjuicios que ha tenido que soportar la parte demandante no hayan sido superiores a los beneficios derivados de la medida adoptada. Este requisito, además, está íntimamente ligado a la idea de neutralidad del Estado. En la materia religiosa que nos ocupa, el TEDH ya recordó que la preservación del pluralismo es uno de los valores a mantener en aras al correcto funcionamiento de la democracia. En consecuencia, ante una situación de conflicto, el papel de los poderes públicos no reside en eliminar la causa de tensión descartando el pluralismo sino en fomentar el entendimiento entre las diferentes sensibilidades presentes

Journal of Transnational Law, nº 46, 2008, pp. 680-681; aporta también como ejemplos de la poca eficacia práctica de este requerimiento los casos de STEDH, caso *Igors Dmitrijevs c. Letonia*, de 30 de noviembre de 2006, ap. nº 61638/00; STEDH, caso *Poltoratskiy c. Ucrania*, de 29 de abril de 2003, ap. nº 38812/97; STEDH, caso *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, de 26 de octubre de 2000, ap. nº 30985/96.

[127] Fue en el caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, ap. nº 5493/72, §49: *"Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society".*

[128] *Sunday Times c. Reino Unido (nº 2)*, de 26 de noviembre de 1991, ap. nº 13166/87. §50: *"The adjective* necessary, *within the meaning of Article 10. 2, implies the existence of a* pressing social need*".*

en el espacio público[129]. Volveremos sobre ello más adelante ya que, en ocasiones, parece que ante la presencia de símbolos religiosos individuales en la esfera pública se toman decisiones que tienen que ver más con la invisibilización del fenómeno que con la conciliación de las sensibilidades en juego.

Esto último se debe a que en el seno del Consejo de Europa conviven países que han adoptado enfoques muy diferentes en lo referente a las relaciones entre las confesiones religiosas y el Estado. La variedad de tradiciones jurídico-políticas en un ámbito doméstico tan sensible, genera inevitablemente una tensión con el carácter de garante supranacional que tiene el CEDH. Para congeniar estas diferentes perspectivas, el TEDH formuló la doctrina del *margen de apreciación*, que en palabras de Martínez-Torrón supone que *"ha de reconocerse a las autoridades de cada Estado un considerable margen de apreciación para estimar la necesidad de ciertas medidas restrictivas de las libertades adoptadas en virtud de los conceptos-límite autorizados por diversos artículos del Convenio (especialmente los artículos 8-11). La razón es que esas autoridades, por su proximidad a las respectivas sociedades, son las que se hallan mejor situadas para valorar la necesidad de las medidas adoptadas: pueden apreciar mejor las exigencias que comporta la protección del interés público y, correlativamente, interpretar la legislación interna en vigor"*[130].

Ahora bien, el margen de apreciación de los Estados no es absoluto, sino que es objeto de supervisión por parte del TEDH, como ya lo dejó claro en el caso Handyside: *"The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its "necessity"; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court"*[131].

Peter Edge llama la atención sobre el hecho de que el verdadero reto del margen de apreciación no está en la conciliación de la labor fiscalizadora del Tribunal y la constatación de que a nivel europeo no hay una concepción uniforme en el terreno de la moral o de la significación de la religión en la sociedad. Lo relevante para este autor es la

[129] *Metropolitan Church of Bessarabia y otros c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001, ap. nº 45701/99, §116.
[130] Martínez-Torrón, Javier; *op. cit*, p.15.
[131] Hanyside c. Reino Unido, *op. cit*. §49.

determinación de las características con base en las cuales el Tribunal va a graduar la amplitud otorgada a ese margen de apreciación. Sin ello, advierte, se corre el riesgo de emplear este concepto como una vía de escape para evitar afrontar las consecuencias más espinosas que trae consigo la diversidad europea en esta materia[132].

En tercer lugar, la limitación impuesta debe **obedecer a un fin legítimo** de los reconocidos en el CEDH y que figuran en el ya reproducido art. 9.2. A continuación veremos algunas consideraciones acerca de ellos.

3.2.2.- Los fines que legitiman la limitación de la libertad religiosa.

La protección del orden.

Se han mencionado con anterioridad las dudas que encierra el concepto de orden público por el potencial peligro que presenta una interpretación amplia del término y las eventuales extralimitaciones que ello podría traer consigo. Llama la atención, en este sentido, que mientras la versión inglesa del texto de la Convención hace referencia a "*the protection of public order*", la versión francesa sin embargo apela a una más genérica "*à la protection de l'ordre*". Esta última expresión es la que contiene a su vez la traducción española, que cita como límite "*la protección del orden*". No faltan autores que advierten sobre el potencial que esta variable tiene –una vez interpretada de manera expansiva– para permitir a las autoridades injerencias en ciertas prácticas religiosas que provoquen simple incomodidad administrativa[133].

En el ámbito que nos ocupa, Evans[134] cita el caso *X c. Austria*[135] como un ejemplo de aplicación del orden público a la hora de limitar la libertad religiosa. Tiene lugar en el ámbito penitenciario, en el que el orden resulta un bien jurídico a proteger especialmente. Un prisionero de fe budista solicitó a la dirección de la cárcel poder poner en práctica su religión, lo cual incluía entre otras cosas, dejar crecer su barba y tener una cadena para el rezo. Ambos requerimientos fueron desoídos y la Comisión entendió que con la negativa

[132] Edge, Peter W.; "The European Court of Human Rights and religious rights" *en International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, July 1998, p. 685.

[133] Evans, Carolyn; *op. cit*. pp. 149-150; Howard, Erica; *Law and the wearing of religious symbols. European ban on the wearing of religious symbols in education*. Londres: Routledge, 2012, p. 108.

[134] Evans, C. *op. cit*. p. 152.

[135] Auto de inadmisibilidad de 15 de febrero de 1965, en *X c. Austria*, ap. nº 1753/63.

no se interfirió la libertad religiosa del demandante[136] visto que eran peticiones incompatibles con la disciplina penitenciaria, cuyo fin último era el mantenimiento del orden.

Años después, en el caso *ISKCON c. Reino Unido*[137], también se empleó el argumento del orden y la seguridad. Esta vez se trataba de un templo perteneciente a una rama del hinduismo que fue abierto en una antigua granja localizada en una población de pequeño tamaño. Su apertura estuvo condicionada a respetar ciertas limitaciones de aforo en el local y de vehículos a estacionar en el parking. Con el tiempo, el éxito del recinto hizo que la afluencia de fieles superara tanto las condiciones impuestas inicialmente por el ayuntamiento como las cifras permitidas en el plan de ordenación urbana[138]. El hecho de que este documento sea el garante de un desarrollo sostenible del lugar se entendió por la Comisión como equiparable a una limitación que protege el orden y la seguridad, y que es necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos de terceras personas (los vecinos del municipio). El fallo dio lugar a cierta polémica visto que ISKCON entendió que aun cuando la interferencia con la libertad religiosa podía estar justificada, por el contrario, las medidas de cese de las actividades y cierre del templo no resultaban proporcionadas con el fin pretendido. La CmEDH volvió a argumentar en favor de la norma neutral al afirmar que la libertad religiosa no podía servir para "circunvalar" una normativa de planeamiento urbanístico ya que los procedimientos para su aprobación ya ofrecen un "peso adecuado" a la libertad religiosa[139].

[136] Con independencia de lo justificados que resultasen o no los argumentos de la Comisión –Evans se atreve a ponerlos en cuestión– llama la atención que la CmEDH se refiera a la legitimidad del límite del orden mientras, por otro lado, sostiene que no hubo interferencia con la libertad religiosa. Visto el camino metodológico empleado posteriormente, parecería más correcto haber argumentado que sí hubo interferencia pero que ésta resultaba plenamente justificada por entrar en el ámbito del orden tal y como se prevé en el art. 9.2. Sin embargo, como ya se ha dicho, no fue hasta el caso *Kokkinakis* cuando el TEDH entró en el fondo de un caso de vulneración del art. 9.

[137] Auto de inadmisibilidad, de 8 de marzo de 1994, en *ISKCON c. Reino Unido*, ap. nº 20490/92.

[138] La sentencia declara probado que en ciertas festividades mayores de la religión hindú llegaron a darse cita en el pueblo más de 10.000 personas y a contabilizarse más de 600 vehículos. El permiso que las autoridades municipales habían otorgado para esos eventos no debía exceder de 1.000 personas.

[139] Para el caso de *ISKCON c. Reino Unido* y el novedoso argumento del "peso adecuado" de las necesidades e intereses religiosos en los procedimientos de aprobación de los planes urbanísticos ver, Stavros, Stephanos; "Freedom of religion and claims for exception from generally applicable, neutral laws: lessons from across the pond?" en *European Human Rights Law Review*, nº 6, 1997, pp. 607-627; Poulter, Sebastian; "The rights of ethnic, religious and linguistic minorities" en *European Human Rights Law Review*, nº 3, 1997, pp. 254-264.

Finalmente, llama la atención el caso de *Serif c. Grecia*[140]. En 1990 algunos líderes de entre la comunidad musulmana de Tracia pidieron al gobierno que organizase elecciones para el caro de Muftí de Rodopi. Al no estar el cargo vacante, el gobierno se negó. Aun así, se celebraron elecciones a la salida de las mezquitas, a resultas de lo cual un segundo Muftí comenzó a actuar. Como para el gobierno esta segunda persona estaba usurpando las funciones de muftí, abrió un proceso penal contra el mismo. Su argumento era que la existencia de dos líderes en una misma comunidad era causa de tensiones y malestar, por lo que el mantenimiento del orden exigía actuar contra el usurpador.

El TEDH, por el contrario, afeó al gobierno griego su aplicación preventiva del orden público ya que la tensión y el riesgo que ello pudiera originar no resultaron probados en el juicio. Ante la ausencia de un peligro cierto, el valor jurídico a preservar es la conservación de la pluralidad religiosa[141]. En definitiva, que al no quedar probado que hubiese una necesidad social imperiosa, no se dieron las condiciones que hacían necesaria en una sociedad democrática la aplicación de la protección del orden.

La seguridad pública.

En ocasiones se ha concluido que la determinación de manera clara de la identidad de una persona en ciertos contextos en los que prima el valor de la seguridad, debe conducir a la remoción de las prendas o símbolos religiosos. Por este motivo, la variable de la seguridad resulta relevante en nuestro estudio. Más adelante analizaremos los pronunciamientos que descansan en esta limitación. Se ha empleado cuando las personas han debido identificarse ante las autoridades públicas para la expedición de documentos oficiales (ej.

[140] STEDH, caso *Serif c. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999, ap. nº 38178/97.

[141] *Serif c. Grecia*, op. cit. §53: *It is true that the Government argued that, in the particular circumstances of the case, the authorities had to intervene in order to avoid the creation of tension among the Muslims in Rodopi and between the Muslims and the Christians of the area as well as Greece and Turkey. Although the Court recognises that it is possible that tension is created in situations where a religious or any other community becomes divided, it considers that this is one of the unavoidable consequences of pluralism. The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other. In this connection, the Court notes that, apart from a general reference to the creation of tension, the Government did not make any allusion to disturbances among the Muslims in Rodopi that had actually been or could have been caused by the existence of two religious leaders. Moreover, the Court considers that nothing was adduced that could warrant qualifying the risk of tension between the Muslims and Christians or between Greece and Turkey as anything more than a very remote possibility.*

El Morsli c. Francia o *Mann Singh c. Francia*[142]) o bien en ámbitos específicos como los controles aeroportuarios en *Phull c. Francia*[143].

En ocasiones es una mezcla de los argumentos derivados del orden y la seguridad pública la que ha conducido a la limitación de prendas y símbolos religiosos. Es el caso de la muy comentada sentencia del caso *Şahin*[144], donde se debatía acerca de la significación política que conlleva el pañuelo islámico en Turquía y se ponía en relación con los movimientos políticos extremistas de cuya influencia se debía librar a un sistema educativo inspirado por los ideales de la laicidad. Argumentos similares, adaptados al contexto nacional concreto, han sido empleados, entre otros, en los casos *Dogru*, *Jasvir Singh* o *Kurtulmus*[145].

La protección de la salud.

En este ámbito, se procede a distinguir entre el riesgo que una práctica religiosa puede conllevar para la salud de terceras personas o para la propia salud. No presentan muchas dudas los casos del primer grupo. Recientemente la protección de la salud fue esgrimida como causa que justificaba una interferencia en la libertad religiosa de la señora Chaplin en *Eweida y otros c. Reino Unido*[146]. El tribunal entendió que el crucifijo que, a modo de colgante, la enfermera quería llevar mientras ejercía sus labores en el hospital geriátrico en que trabajaba, era un riesgo potencial para el colectivo de personas a las que debía atender –quienes podían no tener el pleno uso de sus facultades mentales o bien presentar heridas con riesgo de infección al entrar en contacto con el crucifijo–.

También se argumentaron causas de protección de la salud y la seguridad cuando están involucrados menores en prácticas escolares. Tal fue el caso *Kervanci*[147], en el que una

[142] Auto de inadmisibilidad, *El Morsli c. Francia*, de 4 de marzo de 2008, ap. nº 15585/06; Auto de inadmisibilidad, *Mann Singh c. Francia*, de 13 de noviembre de 2008, ap. nº 24479/07.

[143] Auto de inadmisibilidad, *Phull c. Francia*, de 11 de enero de 2005, ap. nº 35753/03.

[144] STEDH, caso *Leyla Şahin c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, ap. nº 44774/98.

[145] STEDH, caso *Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, ap. nº 27058/05; Auto de inadmisibilidad, *Jasvir Singh c. Francia*, de 30 de junio de 2009, ap. nº 25463/08; Auto de inadmisibilidad, *Kurtulmus c. Turquía*, de 24 de enero de 2006, ap. nº 65500/01.

[146] STEDH, caso *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, ap. nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10) §. 98-99.

[147] STEDH, caso *Kervanci c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, ap. nº 31645/04, § 73 : « *le port d'un voile, tel le foulard islamique, n'est pas compatible avec la pratique du sport pour des raisons de sécurité ou d'hygiène, n'est pas déraisonnable* ».

alumna pretendía vestir el *hiyab* en clase de educación física en un colegio público de Francia. Su petición fue juzgada como no razonable por motivos de seguridad y salud.

Más dudas levanta la aplicación de esta limitación cuando la que está en juego es la propia salud. En primer lugar, porque el texto del artículo 9.2 hace referencia a "la protección de la salud o de la moral públicas", con lo que parece que la protección se predica de la salud pública (salubridad) y aquí estaríamos en el ámbito de la salud privada. En segundo lugar, porque resulta controvertida la idea de que el Estado pueda forzar a una persona a proteger su salud aun contra los dictados de su conciencia. Un ejemplo claro es el caso *X c. Reino Unido*[148], en el que un ciudadano de religión sij solicitaba quedar exento de la obligación de vestir casco al conducir una motocicleta por resultar incompatible con su fe. Para la Comisión, el dictado de la norma suponía una interferencia en la libertad religiosa del demandante, pero esa interferencia estaba plenamente justificada al amparo de la protección de la salud, que era el fin legítimo que la ley buscaba. En el próximo capítulo nos referiremos a este caso, pero interesa reseñar una idea que apunta Evans[149], y es que este asunto es representativo de la tradicional resistencia, tanto de la Comisión como del Tribunal, a aceptar que leyes neutrales y generales puedan interferir en la libertad religiosa de los particulares.

La protección de la moral pública.

Al igual que ocurre con la LOLR, aquí también la referencia a la moral supone entrar en un terreno especialmente resbaladizo. Encontrar a escala europea el "elemento ético común" al que se han referido los tribunales españoles es una terea verdaderamente complicada, cuando no imposible. La moral pública muchas veces es deudora de perspectivas que tienen su origen en posiciones religiosas. Consecuentemente, quienes pertenecen a grupos minoritarios muchas veces tienen dificultades para explicar sus puntos de vista cuando éstos son percibidos como contrarios al sustrato moral que inspira a la mayoría y que ha podido encontrar reflejo en las normas vigentes.

El TEDH –posiblemente por ser consciente del carácter voluble y relativo en función del tiempo y el espacio en el que se aplique– ha optado por otorgar a los Estados un amplio

[148] CmEDH Auto de inadmisibilidad, *X c. Reino Unido*, de 12 de julio de 1978, ap. nº 7992/77.
[149] Evans, Carolyn; *op. cit.* p. 156.

margen de apreciación en esta materia y tampoco ha esgrimido este límite para avalar la interferencia en la libertad religiosa[150].

La protección de los derechos o las libertades de los demás.

Así se prevé en el art. 9.2 y también ha sido expresado por el TEDH. Sin embargo, queda la duda de saber si los derechos que pueden entrar en conflicto con la manifestación de la libertad religiosa deben ser aquellos específicamente explicitados en el CEDH o bien si puede haber otros bienes jurídicos merecedores de protección. En este sentido, en la cita reproducida del caso *Kokkinakis c. Grecia*, el Tribunal alude a la eventual limitación de la libertad religiosa "*in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected".* Esta referencia genérica a los intereses en conflicto, puede estar adelantando la existencia de derechos y bienes jurídicos merecedores de protección que pueden no estar explicitados en la Convención.

Por ejemplo, en el ámbito de la libertad religiosa y más concretamente incluso en materia de simbología religiosa (tanto dinámica como estática), el TEDH se ha mostrado preocupado por aquellas colisiones entre el derecho a manifestar la religión y el derecho a quedar libre de la influencia de la religión[151]. Esta pauta se pudo observar tanto en el caso *Kokkinakis*, en el que el Tribunal aceptó el argumento de que la ley anti-proselitismo del Gobierno griego tenía por objetivo proteger los derechos y libertades de terceros, como en los casos *Dahlab* y *Şahin*[152], en los que se entendió que la prenda del *hiyab*, vestida por una maestra en Suiza y por una alumna en Turquía, podían –en el contexto concreto de su profesión o de su país– ejercer una presión sobre terceras personas cuya influencia nociva podía dar lugar a limitaciones justificadas al amparo del art. 9.2.

Un ámbito que nos resulta de interés y en el que se produce un inevitable choque de derechos es el del desempeño profesional, en el cual la manifestación religiosa puede entrar en conflicto con las obligaciones contractuales o la libertad de empresa de la parte empleadora. Parece que en estos casos se impondría la necesidad de ponderar los diferentes intereses en juego en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

[150] Hecho juzgado como positivo por autores como Martínez-Torrón, Javier; *op. cit*. pp. 20.21 o Evans, Carolyn; *op. cit*. p. 160.

[151] *Freedom of religion* vs. *Freedom from religion*

[152] Auto de inadmisibilidad, *Dahlab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001, ap. nº 42393/98; *Şahin c. Turquía*, op. cit.

Una labor que, a la vista de los diferentes pronunciamientos del Tribunal y la Comisión, ha terminado decantándose tradicionalmente a favor de las necesidades derivadas de la relación laboral. Por un lado, en *X c. Reino Unido*, ante la petición de un trabajador para ausentarse de su puesto de trabajo durante unas horas los viernes a fin de acudir a la oración en una mezquita cercana, se ha manifestado que la expresión de necesidades religiosas puede estar condicionada por la situación del demandante, como suele ser el caso de personas sometidas a privación de libertad en las cárceles o bien personas bajo condiciones contractuales especiales[153]. Por otro lado, en *Konttinen c. Finlandia*, al analizar la solicitud del demandante para variar la jornada de descanso semanal por pertenecer a una confesión que prescribe el respeto al *sabbat*, se ha llegado a dudar de la cobertura que el art. 9.1 daría a la observancia de festividades religiosas como manifestación de la libertad de culto[154]. En el caso *Francesco Sessa*[155], el TEDH reiteró que, aun habiendo una interferencia, el cumplimiento de las obligaciones contractuales o la protección de los derechos y libertades de los demás, en el caso del correcto funcionamiento de la administración de justicia, son valores prevalentes. La primacía de las consideraciones que rodean a la relación laboral por encima de la práctica de la libertad religiosa ha sido redondeada con el argumento que indica que, ante un conflicto de estas características, la posibilidad que tiene la parte demandante de cambiar de trabajo se erige como la garantía definitiva de su libertad religiosa. La reciente sentencia del caso *Eweida*[156] parece aventurar que el Tribunal podría abandonar esta línea argumentativa para avanzar en otros criterios de ponderación. Volveremos sobre este pronunciamiento en el próximo capítulo.

[153] *X c. Reino unido, op. cit*. §11

[154] Auto de inadmisibilidad, *Konttinen c. Finlandia*, de 3 de diciembre de 1996, ap. nº 24949/94, par. 1. El señor Konttinen pertenecía a la Iglesia Adventista, la cual predica que el descanso semanal debe guardarse desde la puesta del sol del viernes hasta la del sábado. La empresa empleadora, la Sociedad Nacional de Ferrocarriles no encontró puestos vacantes en otros departamentos que fuesen compatibles con sus necesidades religiosas.

[155] STEDH, caso *Francesco Sessa c. Italia*, de 3 de abril de 2012, ap. nº 28790/08, §38. El señor Sessa, de fe judía, solicitó al tribunal italiano ante el que comparecía como abogado que le ofreciese más fechas alternativas para un trámite probatorio ya que las ofrecidas coincidían con importantes festividades judías (Yom Kippur y Sukkot) que le impedirían asistir.

[156] *Eweida y otros c. Reino Unido*, op. cit.

II.- EL ESTADO ESPAÑOL ANTE LA RELIGIÓN. COOPERAR DESDE LA NEUTRALIDAD

> Pero, ¿qué es el placer y el gobierno real,
> el poder de los hombres ejercido bajo un rey,
> con la astucia en los rincones o las furtivas estratagemas,
> comparado con el pleno dominio del poder del espíritu?
>
> T.S. Eliot – *Asesinato en la catedral*

La neutralidad de Estado, así como la desvinculación de éste respecto de cualquier confesión religiosa, es una idea que comenzó a gestarse durante la Ilustración y se materializó, de manera genérica, en la laicidad que hoy día se erige como el principio fundamental que inspira al Estado en materia religiosa. Sin embargo, la formulación concreta de este principio ha encontrado en cada país circunstancias particulares (de índole histórica, jurídica, política o de tradición religiosa) que han ayudado a formularla de manera peculiar. Así ocurre también en el caso español. De manera que es preciso analizar las normas concretas, así como la interpretación que se les ha dado para comprender cómo se ha materializado el principio de laicidad.

Ya se ha visto cómo la CE hace un reconocimiento expreso de la libertad ideológica y religiosa (art. 16), así como del principio de igualdad (arts. 9 y 14). Precisamente la preservación del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) así como la custodia de la libertad de conciencia de los individuos –en su doble vertiente activa y pasiva– en condiciones de igualdad, es la finalidad última del mandato de neutralidad estatal. En esta idea se anticipan dos características que conviene tener en cuenta al adentrarnos en el concepto de laicidad. En primer lugar, que ésta es un medio, un instrumento para alcanzar un fin, no un objetivo en sí mismo. De hecho, la neutralidad del Estado debería predicarse no sólo respecto de las confesiones religiosas sino respecto de todas aquellas ideas filosóficas o de otra naturaleza que pretendan dar respuesta a interrogantes ontológicos del ser humano. De esta forma se evitará la tentación de sustituir la confesionalidad religiosa por una filosofía "laicista o de Estado" que sería igualmente vulneradora de la neutralidad estatal en esta materia por cuanto discriminaría a la ciudadanía que no encuentra su horizonte ético en esa "moral de Estado" sino en otras fuentes, religiosas o no[157]. En segundo lugar, que aun no habiendo un reconocimiento

[157] Maclure, Jocelyn y Taylor, Charles; *Laicidad y Libertad de Conciencia*. Madrid: Alianza Editorial. 2010, pp. 21-31.

expreso de la separación Iglesia-Estado, éste seguiría siendo un principio informador del Estado ya que sin él los derechos fundamentales aludidos quedarían vacíos de contenido[158].

En Canadá, la conocida como *Comisión Bouchard-Taylor*[159] convocada por el Gobierno de Quebec, formuló de manera muy didáctica los cuatro principios que, según su reflexión, configuran la laicidad. Dos de ellos definen su finalidad profunda: la igualdad moral de las personas, así como la libertad de conciencia y religión, mientras que los otros dos se traducen en estructuras institucionales que permiten alcanzar la finalidad formulada en los dos primeros: son la separación Iglesia-Estado y la neutralidad del Estado respecto de las religiones y las convicciones profundas seculares. Para los académicos canadienses "*Todo régimen de laicidad instituye una forma de equilibrio entre estos cuatro principios*". Ahora bien, algunos regímenes pueden ser más sensibles a los fines o poner mayor acento en el refuerzo de los aspectos estructurales. De ahí se alcanzarán diferentes niveles o consecuciones de laicidad, como se observa en las diferentes experiencias democráticas de nuestro entorno[160].

En el caso español, el Poder Constituyente consideró pertinente incluir en el texto constitucional una referencia explícita a la aconfesionalidad del Estado en el artículo 16.3 CE.

> *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

Precisamente este texto ilustra la especificidad española en la formulación del principio de laicidad. La proclamación de la neutralidad del Estado viene acompañada por un peculiar mandato de cooperación a los poderes públicos, que encuentra consonancia con la labor encomendada a esas mismas instituciones en el acceso a los derechos y libertades contenida en el artículo 9.2 CE. Resulta llamativo el encargo por el que se ha de mantener

[158] STC 24/1982, *op. cit*, FJ1.

[159] Cuyo nombre oficial era *Comisión de consulta sobre las prácticas de acomodo relacionadas con las diferencias culturales*. Su creación fue anunciada por el primer ministro de Quebec, Jean Charest, el 8 de febrero de 2007. Durante ese mismo año y el siguiente se dieron a conocer los trabajos y conclusiones de la comisión, que se materializaron en el informe que lleva por título *Construir el futuro. El tiempo de la reconcilación.*

[160] Bouchard, Gerard y Taylor, Charles, *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., pp. 48-49.

un curioso equilibrio entre neutralidad y cooperación. De la lectura de este precepto se ha deducido que hay una valoración constitucional positiva del fenómeno religioso y de la libertad religiosa. El TC ha abundado en esa interpretación al establecer que el mandato de no confesionalidad configura el carácter del Estado "*en atención al pluralismo de creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos, reconocidas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional*"[161]. Y al mismo tiempo ha entendido que la previsión del art. 16.3 CE, que tiene desarrollo en el art. 2.3 LOLR, demanda de los poderes públicos una "actitud positiva", en un marco que el propio TC define como de "laicidad positiva"[162]. Como se ha apuntado, a tenor de esta interpretación, la postura del Estado no debe ser de simple abstencionismo ante el fenómeno religioso[163]. En consecuencia, la imparcialidad, que es una exigencia del pluralismo ideológico, no debería ser –tal y como está configurado el modelo español– incompatible con las actividades dirigidas a la conservación de esa misma pluralidad, siempre que sean abordadas desde la más estricta neutralidad.

Relacionado con el requisito de la neutralidad, se ha llamado la atención sobre la confesionalidad sociológica que conlleva el empleo de determinadas expresiones del art. 16.3 CE, como por ejemplo la alusión a la Iglesia Católica o el llamamiento a tener en cuenta "*las creencias religiosas de la sociedad española*". Los debates sobre la interpretación que merece este precepto son antiguos y por ello no nos vamos a detener en ello. Aun así, merece la pena hacer dos consideraciones. Por un lado, parece que, al incluir la necesidad de tener en cuenta el arraigo concreto de las confesiones, el texto constitucional estaría avalando una diferencia de trato a las diferentes comunidades religiosas en función de la constatación sociológica de su implantación efectiva. Da la impresión de que la Constitución ampara una ruptura del principio de igualdad –al menos en el acceso al disfrute de un derecho– en función de la adscripción o no a un determinado credo que haya encontrado desarrollo normativo en función de su implantación entre la población española.[164] Fruto de este principio de cooperación se ha dado lugar a los

[161] STC 340/1993 de 16 de noviembre (BOE nº 295, de 10 de diciembre de 1993) FJ4.

[162] STC 46/2001, *op. cit*, FJ4.

[163] Cañamares, Santiago; "Ley Orgánica de Libertad religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma" en *Ius Canonicum*, vol. 50, 2010, pp. 477-515; Suárez Pertierra, Gustavo; "La Laicidad en la Constitución española" en Martínez-Torrón, J. (ed.) *Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea*. Granada: Comares, 2006, pp. 11-29.

[164] Polo Sabau, José Ramón "La concepción dogmática del artículo 16.3 de la Constitución. Reflexiones sobre la pervivencia del formalismo en la hermenéutica constitucional" en *Foro, Nueva Época*, nº 1, 2005, pp. 203-233.

Acuerdos de cooperación entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, sobre enseñanza y asuntos culturales, sobre asuntos económicos y sobre asistencia religiosa a las fuerzas armadas y el servicio militar de clérigos y religiosas, firmados el 3 de enero de 1979 y en fecha muy posterior las leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre por las que se aprueban los *acuerdos de cooperación de Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España, la Federación de comunidades israelitas de España y la Comisión islámica de España*.

En segundo lugar, también se ha discutido mucho acerca de la mención a la Iglesia Católica y sobre el valor interpretativo o no de su cita. Viladrich la entendió como el establecimiento de un criterio o paradigma que marcaba el trato que debía hacerse extensivo al resto de confesiones[165]. Una interpretación más pragmática propone entender la citada mención como el intento de dar cobertura constitucional a los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede que venían gestándose desde dos años antes de la aprobación de la Constitución, blindando el nuevo concordato a través del art. 16 que proporcionaría "*cobertura y la protección para sobrevivir a los azares de la vida política y a la alternancia del poder*"[166]. Con arreglo a este punto de vista, se ha llegado a plantear si el mandato otorgado a los poderes públicos no atentaría contra la independencia del Estado habida cuenta de que éste no es libre para pactar o no con la Iglesia Católica, sino que hay una afirmación explícita en tal sentido "los poderes públicos mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica"[167].

Estos reparos, así como el pasado histórico marcadamente confesional, llevan como indica Llamazares[168], a las dudas acerca del significado del art. 16.3 CE y del modelo de Estado en él consagrado. Como se ha visto, el TC ha procurado ofrecer pautas de

[165] Viladrich Bataller, Pedro Juan; "Los principios informadores del derecho eclesiástico español" en AAVV, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona: EUNSA, 1980, pp.289-294.

[166] Souto Paz, José Antonio; "Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional" en *Revista de derecho político*, nº 58-59, 2003-2004, pp. 175-191.

[167] Souto Paz, José Antonio; "La laicidad en la Constitución de 1978" en Llamazares, D. (ed.) *Estado y religión. Proceso de secularización y laicidad. Homenaje a don Fernando de los Ríos.* Madrid: Universidad Carlos III, 2001, pp. 215-228. Consecuentemente, aunque siempre se ha tenido a la libertad religiosa como un derecho de libertad, surge el debate en torno a si no debe ser conceptuada como derecho de prestación, a la luz de lo dicho por el artículo 16.3 CE. Este debate ya se ha reproducido en un epígrafe anterior.

[168] Llamazares Fernández, Dionisio; "Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas" en Llamazares, D. (Dir.) *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 7-32.

comprensión[169], pero aún persisten las dudas sobre si el Estado español es definible como laico o no. Desde luego lo es si por laico entendemos una "laicidad positiva" –en palabras del TC– neutral respecto a la pluralidad ideológica y cooperadora con la misma a efectos de su preservación. No lo será, por el contrario, si por laico entendemos un *laicismo* beligerante o neutralizador de las expresiones religiosas producto de la pluralidad social[170]. No se abundará más ya que es este un debate complejo que excede los límites de este trabajo. Coincidimos con el profesor Prieto Ávarez[171] en que tal vez lo primero que hace falta es una precisión terminológica –o acuñar un término propio– ya que la remisión al concepto de "Estado laico" que precisa, para su correcto empleo, de ser matizado en sus diferentes acepciones (laicismo, laicidad, positiva, negativa, incluyente o cerrada) poco ayuda tanto a la búsqueda de soluciones como a la claridad del debate[172].

Más importancia tiene para nuestro análisis la comprensión del espacio público que se deriva del concepto plasmado en el texto constitucional. Es cierto que las creencias tienen un punto de partida en la conciencia de los individuos, en su fuero interno. De ahí que se relacione tradicionalmente la libertad religiosa con la esfera privada de las personas. Con ello se quiere evocar la idea de que esa esfera privada escapa al dominio del Estado.

> *El Estado trabaja en el terreno de* lo correcto*, que es el terreno de la promoción de la libertad y de la igualdad mediante principios imparciales de justicia; el campo de* lo bueno *es privado, es un ámbito privativo que el individuo puede definir como le plazca siempre que respete, claro es, las reglas del juego que son las reglas del Estado democrático*[173].

La ubicación de lo religioso en la esfera de lo privado tiene más que ver con su necesaria posición fuera del control estatal que con la voluntad de mantener –de una manera forzada– al fenómeno de las creencias religiosas recluido en una dimensión interior o estrictamente personal de los individuos. Lo religioso, y así también la libertad religiosa, tiene un componente colectivo o social que obedece a las dinámicas propias de las personas. Esa es la concepción del espacio público que subyace tras el artículo 16.3 CE,

[169] Es en la mencionada STC 46/2001, *op. cit*. en la que el Tribunal comienza a emplear sin dudas el término *laicidad* como sinónimo de *aconfesionalidad*, que hasta ese momento venía empleando.

[170] Ollero Tassara, Andrés; *España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional.* Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005, pp. 181-191.

[171] Prieto Álvarez, Tomás; *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos.* Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2010, pp. 58-65.

[172] Como resumen este autor propone la conceptualización del sistema español como *aconfesionalidad neutral cooperativa con las confesiones religiosas*.

[173] Suárez Pertierra, Gustavo; *op. cit.* pp. 12-13.

cuyo texto presupone la existencia de una sociedad plural que deberá ser tenida en cuenta por los poderes públicos en el ejercicio de su labor. Es razonable pensar que en ese espacio público en el que convergen, de facto, las diferentes sensibilidades religiosas, éstas serán un fenómeno socialmente perceptible.

> *Resulta, por ello, claro que las manifestaciones religiosas pueden y deben tener lugar en el ámbito social y público, presidido por la neutralidad religiosa de los poderes públicos. De esta manera se debe rechazar aquella interpretación que preconice una neutralidad entendida como ausencia de cualquier muestra o indicio de religiosidad del ámbito público. Lo que no permite, simplemente, la neutralidad religiosa del Estado es la identificación o el respaldo gubernamental a determinadas creencias religiosas por encima o en detrimento de las demás*[174].

A partir de estas premisas y del encargo constitucional (valoración positiva del fenómeno religioso y mandato de cooperación) no ha faltado incluso alguna propuesta de definición de la laicidad con base en el papel que las confesiones deben jugar en el espacio público. Sus autores la definieron como *laicidad incluyente*. Se parte del papel constructivo que las tradiciones religiosas pueden ofrecer en la vertebración social a partir de la puesta en valor de su capital social, así como de su capacidad para consolidar valores cívicos. De ahí que la esfera pública se constituya como lugar de diálogo entre una pluralidad de identidades mutuamente aceptadas dentro de un marco ético compartido[175].

De cualquier manera, y con independencia del marco en el que se quiera ubicar, parece que se puede defender que, atendiendo a la letra y al espíritu de la norma, el principio de laicidad consagrado en la CE, así como la interpretación que de la misma se ha hecho por el TC, son compatibles con manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso -a través de símbolos, prendas o actitudes relacionadas con la fe- como exteriorización de la

[174] Cañamares, Santiago; *op. cit.*, p. 481.

[175] López Camps, Jordi; "La necesaria laicidad", *Revista CIDOB d'affers internacionals*, num. 77, 2007, p. 189-190. Este papel social constructivo que las confesiones religiosas podrían jugar en democracia fue también puesto en valor por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1804 (2007) *sobre Estado, religión, laicidad y derechos humanos*. A partir de las consideraciones desgranadas en este documento Ángeles Solanes hace una interesante reflexión acerca del papel que el derecho debería adoptar en relación con la regulación de determinadas prácticas culturales de inspiración religiosa vistas como controvertidas en nuestras sociedades crecientemente plurales. Cuándo podría implementarse un enfoque prohibitivo o punitivo y cuándo podría ser más adecuado implementar otros enfoques más propositivos o promocionales. Solanes Corella, Ángeles; "Prácticas culturales, símbolos religiosos y espacio público: entre la prohibición, la anuencia y la no intervención legal" en Añón Roig, M.J. y Solanes Corella, A. (eds.) *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 145-184.

libertad religiosa siempre que ésta sea compatible con el orden público protegido por la ley.

III.- EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZONES RELIGIOSAS

> Una noche, en Madrid, pregunté al taxista:
> - ¿Qué trajeron los moros a España?
> - Problemas –me respondió, sin un instante de duda ni vacilación.
>
> Eduardo Galeano – *Espejos, una historia casi universal.*

4.- La religión como campo protegido contra la discriminación

Además de la formulación positiva de la libertad religiosa, hay otro ámbito en el que este derecho resulta tutelado. Se trata de la prohibición de discriminar con base en ciertos ámbitos protegidos, entre los cuales la religión está específicamente mencionada en los textos legales de referencia. Esto significa que aquellas cargas o limitaciones que las personas lleguen a padecer por razón de su confesión suponen un menoscabo de la propia libertad religiosa[176]. De ahí que el propio TC haya afirmado que, en este ámbito, el principio de igualdad es una consecuencia de la libertad de conciencia, al tiempo que ambos determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos[177].

Ya se ha visto cómo la CE prevé en sus artículos 9.2 y 14 los mencionados principios de igualdad y no discriminación en materia religiosa[178]. Formulaciones similares se encuentran en el art. 14 CEDH, el art. 21 de la Carta de Niza, el art. 26 PIDCP y 2.2 PIDESC, en las que hay mención expresa a la religión. En el ámbito de la prohibición de discriminación debemos mencionar por su especial relevancia la Ley 62/2003[179] en la cual se traspusieron al ordenamiento interno dos directivas comunitarias sobre

[176] Barrero, Abraham; *op. cit.* p. 139.

[177] STC 24/1982, *op. cit.* FJ 1.

[178] Art. 14 CE: "*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".*

Art. 9.2 CE: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".*

[179] Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, arts. 27 y ss. (BOE nº 313 de 31 de diciembre de 2003),

igualdad[180]. En este texto legal encontramos que se define la igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona. Se acepta que la discriminación puede ser tanto directa como indirecta. La primera ocurre cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de religión, entre otras. La segunda tiene lugar "*cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de (…) religión (…) siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios".*

5.- El concepto de discriminación indirecta o los efectos adversos del acto neutral

La aceptación de la existencia de discriminación indirecta es importante ya que una concepción de la igualdad en términos estrictamente formales tiende a ignorar el hecho de que los individuos en una sociedad se encuentran en diferentes condiciones, de manera que desconocer esta disparidad podría contribuir a perpetuar o incrementar las desigualdades. En este sentido, la prohibición de la discriminación indirecta –comprometida con una concepción sustancial de la igualdad– contribuye a detectar aquellas normas neutrales que carecen de voluntad discriminatoria, pero que en la práctica provocan efectos nocivos sobre ciertos colectivos sin que medie una justificación objetiva. En la ley 62/2003 ese test de objetividad pasa por que la norma responda a un fin legítimo y haya una proporcionalidad en su aplicación. Pero además, derivado de lo primero, esta figura también abre la puerta a la aplicación de medidas de acción positiva sobre los colectivos afectados que ayuden a prevenir o a compensar las desventajas que les afecten como consecuencia de la aplicación de la norma en cuestión. Es el art. 35 de la ley 62/2003 el que contiene esta previsión[181].

[180] Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE L180 de 19 de julio de 2000) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE L303, de 2 de diciembre de 2000).

[181] *Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir*

Para apreciar la existencia de un caso de discriminación indirecta, deben observarse tres supuestos de hecho: en primer lugar, la existencia de una norma o práctica aparentemente neutral, en segundo lugar, que tenga un impacto negativo en un determinado colectivo y finalmente que esa diferencia no esté justificada. Un ejemplo claro de este tipo de discriminación es la que se observa en la menor retribución del trabajo a tiempo parcial. Han sido tradicionalmente las mujeres las que han optado en mayor medida por esta modalidad, de manera que condicionar el acceso a ciertas ventajas administrativas al hecho de trabajar un cierto número de horas –algo que en principio no tiene en cuenta el sexo de la persona empleada– en la práctica tiene una incidencia mucho mayor en el colectivo de empleadas que de empleados, sin que esa diferencia resulte justificada[182].

Aunque es cierto que, particularmente en los tribunales europeos, ha habido tradicionalmente reparos a la hora de conceder exenciones a normas generales y neutrales –más aún en el ámbito de la libertad religiosa–, la figura de la discriminación indirecta es vista como un instrumento jurídico que puede contribuir de manera poderosa a la consecución de una sociedad *inclusiva*[183]. De hecho, Fréderique Ast sistematiza en tres campos el potencial en el cual este instrumento puede ejercer sus efectos. Por un lado puede contribuir a la protección de la diversidad social, por otro a detectar fenómenos ocultos de exclusión y en tercer lugar como instrumento de transformación social. A los efectos de este estudio, es el primero de los campos el que nos interesa analizar con mayor detalle.

5.1.- La discriminación indirecta como instrumento para la gestión de la diversidad

Son cuatro las características identificables con la protección de la diversidad, tal y como lo formula la autora francesa. En primer lugar, **la apuesta por una igualdad sustancial por encima de factores estructurales**. Se rechaza la idea de una sociedad formalmente igualitaria para aceptar que los individuos y los grupos sociales tienen un punto de partida

o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección.

[182] Aguilera Rull, Ariadna; *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*. Valencia: Tirant, 2013, pp. 155 y ss.

[183] Ast, Fréderique; "Indirect Discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits" en AAVV, *Institutional Accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Council of Europe Publishing: Trends in social cohesion nº 21, pp. 85-109; Elosegui Itxaso, María; *El concepto jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público.* Pamplona: Thomsom Reuters Aranzadi, 2012, p. 204.

diferente en función de las circunstancias. Por ello se tienen en cuenta aquellos factores estructurales que contribuyen –en ocasiones de manera inconsciente– a la perpetuación de situaciones discriminatorias a través de prácticas o estándares de comportamiento implantados hace mucho tiempo.

El primer caso en que se reconoció esta figura fue, por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (TSEUA), en *Griggs vs. Duke Power*[184]. Tendremos ocasión en el capítulo 3 de entrar a analizar este fallo. En este momento nos interesa destacar que mediante los requisitos impuestos por la empresa *Duke Power* para la promoción interna de su personal contratado, ninguna persona de raza negra había podido mejorar su categoría profesional. Los requisitos eran aparentemente neutros en relación con la raza: se trataba de tener completada la educación secundaria y pasar satisfactoriamente dos test de aptitud. El señor Griggs, sin embargo, planteó la cuestión acerca del eventual carácter discriminatorio de esta medida.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos (TSEUA) prestó atención a las causas estructurales que operan en la sociedad y que impiden el acceso a la educación a las personas afroamericanas. Este grupo de trabajadores de la empresa tenían mayores dificultades que sus equivalentes de raza blanca en completar los requisitos solicitados para la promoción. El Tribunal estableció que una vez que la parte demandante hubiese demostrado que una norma aparentemente neutral genera efectos adversos en un grupo en base a una de las causas prohibidas de discriminación, la carga de la prueba se trasladaba a la parte demandada para que demostrase que esta medida tiene relación manifiesta con el puesto de trabajo y era necesaria para alcanzar un objetivo no discriminatorio. Duke Power no fue capaz de demostrar durante el juicio la existencia de una relación objetiva entre los requerimientos solicitados y el correcto desempeño de los puestos de trabajo. Siendo esto así, no se superó el test de objetividad necesario en la norma juzgada como discriminatoria. De esta manera se articuló la figura, que el TSEUA denominó *discriminación por efecto adverso* (*Adverse Effect Discrimination*).

Hay, sin embargo, dos aspectos que resultan controvertidos. En primer lugar, la sentencia no indaga acerca de la intencionalidad de la empresa a la hora de imponer los estándares considerados discriminatorios. De ahí se ha inferido que mientras la discriminación

[184] *Griggs vs. Duke Power Co*. 401 U.S. 424 (1971).

directa tiene su origen en una voluntad abiertamente discriminatoria, la figura de la discriminación indirecta pone énfasis en los efectos producidos más que en la intencionalidad.[185] Si, como ha quedado dicho, muchos casos tienen su origen en cuestiones estructurales y que frecuentemente se ponen en práctica de manera inconsciente, parece que poner en juego el aspecto de la intencionalidad podría crear el riesgo de provocar cierta *criminalización* social[186].

En segundo lugar, surge también la tentación de reclamar la existencia de discriminación indirecta allí donde un colectivo aparezca infrarepresentado en comparación con otros, algo que, en el ámbito laboral, por ejemplo, puede ocurrir con frecuencia. En el caso de *AMAE vs. State of California*[187], profesores hispanos, asiáticos y afroamericanos denunciaron que su acceso al cuerpo de maestros de escuela no se producía de manera proporcional al de la población blanca, ya que su índice de suspenso en los exámenes de acceso era mucho mayor. A pesar de la demostrada desproporción, el tribunal en este caso entendió que los exámenes respondían a una finalidad legítima (demostrar la cualificación necesaria para el puesto) y proporcionada.

Sin embargo, la cuestión sobre la manera de probar el impacto desigual que una medida tiene sobre un determinado colectivo, sigue siendo un aspecto controvertido de la discriminación indirecta. Parece estar obligando a la parte demandante a demostrar mediante datos estadísticos su carácter de víctima de una situación de discriminación. Este hecho es criticado por Ast[188], quien apunta con razón la dificultad de llegar a obtener esos datos, acrecentado por el hecho de que en muchos Estados no se permite la publicación de estadísticas referentes a cuestiones que tienen que ver con la adscripción étnica o religiosa de las personas. Se podría dar otra interpretación ante este problema, y es la de sostener que la discriminación indirecta sólo debería exigir a la víctima probar la capacidad de la norma para crear un efecto dispar como consecuencia de sus previsiones[189]. Una interpretación que encuentra argumentos en la formulación empleada

[185] Connolly, Michael; *Discrimination Law*, Londres: Sweet&Maxwell, 2006, p. 131.

[186] La característica de la intencionalidad continúa siendo un aspecto controvertido de esta figura cuando ha sido importada por otras tradiciones jurídicas.

[187] 231 F 3d 572 (9th Cir 2000). Citado por Connolly, Michael; *op. cit.*, p. 155.

[188] Ast, Fréderique; *op. cit*. p. 93

[189] Aguilera, Ariadna; op. cit. pp. 162-163, pone el ejemplo de la diferente traducción al español y al alemán del texto de la Directiva 2004/113/CE. En la primera versión se dice que la discriminación indirecta se produce cuando una disposición "sitúa" a personas en situación de desventaja, mientras que la segunda

en el Derecho comunitario traspuesto en España. Las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE utilizan en su definición de la discriminación indirecta en el art. 2 los términos "*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja*" así como "*disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja*". La Ley 63/2003 usa un vocabulario semejante en el art. 28 "*cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular*". De manera que, de acuerdo a esta interpretación, la misma redacción de la norma llevaría a su consideración como discriminatoria, sin que se precisase demostración o documentación alguna sobre sus efectos reales o sobre la población a la que afecta de manera efectiva. Antes se ha apuntado que la discriminación indirecta tiene en su punto de mira los efectos más que la intencionalidad, y con esta segunda forma de interpretar el efecto adverso, el test de objetividad se hace depender más del objeto de la norma que de la necesaria demostración perniciosa de sus efectos en la práctica[190].

Finalmente, también ha sido objeto de discusión la naturaleza de la figura de la discriminación indirecta, en el sentido de responder a un ideal de justicia correctiva o bien distributiva[191]. Ciertamente se trata de una figura híbrida por aglutinar elementos de ambos. Por un lado, trata de afrontar la desventaja comparativa que impide a ciertos colectivos sociales cumplir con las exigencias de quien ha elaborado la norma o medida discriminatoria asumiendo que cada colectivo ocupa diferentes puntos de partida. En este sentido está vinculado con una finalidad redistributiva. Pero por otro lado es una figura que permite a esos colectivos tradicionalmente ajenos a la definición de las reglas de juego, poder cuestionar la manera en que esas decisiones se han tomado. Aunque esa acción siempre será bilateral ya que no se podrá ejercitar ante toda la sociedad sino ante

versión habla de que "disposiciones aparentemente neutrales puedan perjudicar a personas". Esta diferente redacción podría dar lugar a interpretaciones diferentes sobre la medida de la prueba en esta figura.

[190] Ast, Fréderique; *op. cit*. p. 94.

[191] Gardner, John; "Discrimination as injustice" en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, pp. 353-367 para una argumentación que defiende el punto de vista distributivo; Morris, Andrew J.; "On the normative foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the competing models of Discrimination Law as Aristotelian forms of Justice" en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, summer, 1995, pp. 199-228, para una defensa del modelo correctivo.

una persona (física o jurídica) concreta. Esta característica lo entronca con el ideal correctivo. Esta dualidad ha sido descrita como tendente a una justicia participativa[192].

En segundo lugar, la discriminación indirecta como instrumento para la protección de la diversidad puede encontrar su **corolario en la figura del *acomodo razonable***. Ésta es la conclusión que extrajo el Tribunal Supremo de Canadá (TSC) como una necesidad derivada del principio de igualdad. Las normas, los estándares o prácticas generales y neutrales pueden provocar efectos nocivos no deseados en ciertos individuos. Éstos pueden solicitar una medida de acción positiva (en forma de acomodo o adaptación) dentro de ciertos límites, que han sido englobados dentro del concepto de *Undue Hardship*, traducible como carga excesiva.

Tanto la legislación comunitaria como el CEDH reconocen la posibilidad de aplicar medidas de acción positiva dentro de sus previsiones contra la discriminación. Sin embargo, el *acomodo razonable* de las prácticas religiosas no ha encontrado reconocimiento. Sí que lo ha tenido, sin embargo, en otros ámbitos de protección contra la discriminación como es la discapacidad. La Directica 2000/78 en su art. 5[193] así como el art. 38[194] de la Ley 62/2003, prevén la existencia de ajustes razonables (en la terminología de la directiva) o medidas adecuadas (en el de la ley) para asegurar el acceso al empleo de las personas con discapacidades hasta el límite de la carga excesiva.

Como se aprecia en el texto de las normas, el colectivo que está legitimado para demandar las peticiones de acomodo, que es el de las personas con discapacidad, no está en la obligación de probar la existencia de una situación de discriminación a consecuencia de

[192] Aguilera, Ariadna; *op. cit*. p. 180.

[193] *A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.*

[194] Que modifica el art. 37 y crea el art. 37 bis en la Ley 13/1982, de 7 de abril, *de integración social de los minusválidos. (…) Dos (…) 2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.*

una práctica o estándar neutral, sino que su propia condición de colectivo en una situación de vulnerabilidad le hace acreedor de estas medidas. Es un caso diferente al de la articulación que el TSC hace del acomodo de las prácticas religiosas, como se verá en capítulos posteriores.

En tercer lugar, la discriminación indirecta encuentra una característica relevante en la **protección de grupos y minorías**. Son los individuos quienes están legitimados para presentar demandas, aunque la protección solicitada lo es en virtud a su pertenencia a un determinado grupo situado en una posición de desventaja. De ahí la proclamada naturaleza híbrida de esta figura[195]. Esto es evidente en los casos de discriminación racial o por razón de sexo. Ahora bien, en lo que se refiere a la discriminación religiosa puede ser matizable, debido a que ciertas expresiones de fe pueden ubicarse bien fuera de la ortodoxia de las religiones mayoritarias o bien no estar amparadas por un mandato religioso explícito -con lo que en un determinado colectivo no habría otros individuos o un grupo definido que se encontrase en situación análoga-. Es el caso del *creyente solitario* (*individual believer*), cuya casuística es compleja y sobre el que no hay unanimidad acerca de si, al ser adversamente afectado por una norma neutral, podría ser objeto de discriminación indirecta. Un ejemplo de esta disyuntiva es la decisión de los tribunales británicos (*Employment Appeal Tribunal*[196] –EAT– y *Court of Appeal*[197] –CA–) en el caso de *Nadia Eweida v. British Airways plc.*

British Airways introdujo en 2004 un nuevo uniforme corporativo. Las normas internas preveían el acomodo de prendas religiosas como el turbante y el *hiyab*, por ser vestimentas que eran requeridas por las confesiones sij y musulmana, que no podían ser disimuladas. La nueva blusa del uniforme dejaba parte del cuello a la vista, con lo que el crucifijo que vestía la señora Eweida resultaba evidente. La empresa empleadora denegó la pretensión de la empleada para vestir la cruz con base en que no era un requerimiento del cristianismo sino una expresión de fe particular, como así lo reconoció ella misma.

El EAT reconoció que el hecho de que no hubiese un mandato en los textos sagrados del cristianismo que impusiese la obligación de vestir un crucifijo, no suponía que no se pudiese amparar la práctica de la señora Eweida como manifestación de la libertad

[195] Ast, Fréderique; *op cit.* p. 91.
[196] [2008] UKEAT 0123_08_2011
[197] [2010] EWCA Civ 80

religiosa: *"it is not necessary for a belief to be shared by others in order for it to be a religious belief, nor need a specific belief be a mandatory requirement of an established religion for it to qualify as a religious belief"*[198]. Sin embargo, sobre su reclamación acerca de haber sido víctima de una discriminación indirecta, el tribunal afirmó: "*In our judgment, the whole purpose of indirect discrimination is to deal with the problem of group discrimination*"[199].

El CA rehazó esta última afirmación: "*its overall purpose, as both counsel agree, is to deal with the discriminatory impact of facially neutral requirements*", si bien reconoció que la identificación de la figura de la discriminación indirecta requiere observar: "*whether an identifiable group is adversely affected, whether actually or potentially, by some ostensibly neutral requirement and then whether the claimant has in fact been disadvantaged by it"* [200]. El Tribunal entendió que la demandante no tenía que demostrar que formaba parte de ese grupo identificable, pero sí debía demostrar que ese grupo existía. Al no haber más personas empleadas en British Airways que sostuviesen la misma solicitud que la demandante, no se pudo probar la existencia de un grupo adversamente afectado por la medida de la empresa.

Esta visión de la discriminación indirecta ha sido objeto de críticas[201] por entender que los individuos que quedan afectos de manera solitaria a una medida general y neutral que les afecta negativamente no pueden reclamar discriminación indirecta. Y es cierto que no todas las conductas motivadas por cuestiones religiosas deben encontrar amparo a la luz del principio antidiscriminatorio ya que entonces podríamos enfrentarnos a una multiplicidad de demandas, muchas de ellas eventualmente faltas de sinceridad. De manera que, por este lado, tiene sentido la precaución de los tribunales en ampliar el espectro de la discriminación indirecta. Tal vez, como apunta Hatzis[202], la clave reside más que en la formulación antidiscriminatoria, en la determinación del ámbito de protección de la libertad religiosa, es decir, en la definición de las manifestaciones

[198] [2008] UKEAT, *op. cit.* par. 29

[199] *Ibíd.* par. 59.

[200] [2010] EWCA *op. cit*., par. 13.

[201] Hatzis, Nicholas; "Personal religious beliefs in the workplace: how not to define Indirect Discrimination" en *The Modern Law Review*, vol. 74, nº2, pp. 287-305; Vickers, Lucy; "Indirect discrimination and individual belief: Eweida v British Airways plc" en *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 11, nº 2, 2009, pp. 197-203.

[202] Hatzis, Nicholas; *op. cit*. p. 305.

amparadas por este derecho. Precisamente, cuando el caso llegó al TEDH, éste sí que centro su argumentación en aclarar si la petición de Eweida podía estar amparada o no por el art. 9 del CEDH, más que en razonar si la demandada podía ser objeto de discriminación indirecta al tratarse de una *individual believer*, como hicieron los tribunales británicos. Trataremos sobre ello más adelante.

Finalmente, la discriminación indirecta contribuye a la **protección ante el racismo institucional y la discriminación sistémica**. Este último concepto tiene importancia en el ámbito de las manifestaciones religiosas. Por ejemplo, en el campo laboral, en muchas ocasiones, ciertas normas o estándares de comportamiento son establecidos por las mayorías sin que las necesidades de ciertos grupos -bien porque históricamente no han participado en esos foros de toma de decisiones o bien porque carecen de representación debido a su carácter minoritario- hayan sido tenidas en cuenta. Por ejemplo, veremos más adelante cómo en ocasiones los convenios colectivos o pactos de empresa, que gozan de legitimidad representativa en su formulación de las condiciones laborales, no prevén la existencia de necesidades de ciertas personas empleadas en relación con los días de descanso, la vestimenta o las objeciones a la realización de ciertas tareas por su naturaleza contraria a los dictados de la fe. En esos casos las personas afectadas por esos criterios se deben enfrentar a la disyuntiva de mantenerse fieles a los dictados de la fe, sacrificando así su desempeño laboral o bien aceptar los estándares del puesto de trabajo a costa de renunciar a sus creencias. Aunque los criterios laborales no tuviesen voluntad discriminatoria, su puesta en práctica refuerza la exclusión de las personas situadas en una posición de desventaja. En la definición de discriminación indirecta de la Ley 62/2003 se cita, en la enumeración de actos neutros que pueden provocar efectos nocivos, disposiciones legales o reglamentarias, clausulas convencionales o contractuales, pactos individuales o decisiones unilaterales.

6.- La discriminación indirecta en la jurisprudencia española

El TC reconoció la figura de la discriminación indirecta como consecuencia del vínculo entre el principio de igualdad y la prohibición general de discriminar que se encuentra en el art. 14 CE. Como se verá, los casos enjuiciados se refieren a discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral. En 1991 se falló la petición de amparo de unas trabajadoras del hospital Gregorio Marañón de Madrid, que pertenecían a la categoría profesional de *Limpiadoras*. El convenio colectivo en el que estaban incluidas fijaba para ellas un salario

inferior que el previsto para la categoría profesional de *Peones*, sin que las tareas y responsabilidades ejercidas por una y otra categoría justificasen, a juicio de las demandantes, objetiva y razonablemente esa diferencia en la remuneración.

> *La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, (…) sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo*[203].

En una sentencia posterior, el TC, además de reconocer que la prohibición de discriminación opera como una limitación a la libertad de contratación del empresario, también aporta información sobre la manera en que la parte demandante debe demostrar que se ha producido un efecto adverso, previa a la inversión de la carga de la prueba. El Tribunal se decanta más por la evidencia del tratamiento desfavorable que por la acreditación del impacto desproporcionado a través de pruebas estadísticas:

> *De manera específica, por lo que atañe a la prohibición de discriminación por razón de sexo, hemos establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 173/1994, fundamento jurídico 3º), lo que obliga al empleador a (…) rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso. (…) Ahora bien, esta exigencia al empleador de acreditar que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio, por descansar en razones objetivas, sólo es procedente en aquellos casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente*

[203] STC 145/1991, de 1 de julio (BOE nº 174 de 22 de julio) FJ2. Esta doctrina ha sido sostenida por el TC en pronunciamientos posteriores como, por ejemplo, SSTC 198/1996, de 3 de diciembre (BOE nº 3 de 3 de enero de 1997) FJ2; 203/2000 de 24 de julio (BOE nº 203 de 24 de agosto de 2000) FJ6.

una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia[204].

Esto no impide que se hayan dado pronunciamientos en los cuales el fallo se haya apoyado en datos estadísticos que demuestran la existencia de un efecto adverso. Resulta interesante, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC)[205] en la que se acreditó la existencia de discriminación indirecta en la promoción de mujeres al cargo de delegada de sucursal con base en datos estadísticos en los que se ponía de relieve que de los 52 puestos a ocupar, 40 lo habían sido por varones, mientras que sólo 12 habían recaído en mujeres (76,9% frente a 23,07%). A pesar de ser cargos de designación discrecional por parte de la empresa, la práctica de la recomendación y la sugerencia, que es como se venía realizando la promoción, fue considerada por el Tribunal como generadora de un impacto negativo en el colectivo de trabajadoras, al tiempo que su puesta en práctica no resultaba justificada ni proporcionada al puesto de trabajo que se trataba de cubrir. Al contrario, fortalecía los motivos por los cuales las mujeres solicitaban la promoción en menor medida que los varones.

Igualmente clarificadora es la STC 253/2004[206], en la que ventiló una cuestión de inconstitucionalidad presentada por un juzgado de Pontevedra acerca del art. 12.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que condicionaba al número de horas efectivamente trabajadas el cálculo de los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social. El Tribunal empleó datos del Instituto de la Mujer, así como del Instituto Nacional de Estadística para comprobar que del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial las mujeres representaban el 81,94 por 100, por lo que el impacto sobre este colectivo resultaba desmedido.

A pesar de que la figura de la discriminación indirecta ha tenido reconocimiento en los tribunales españoles, y a que su ámbito de protección ha sido ampliado a todos los campos en los que se prohíbe el trato discriminatorio de manera explícita por la Ley 62/2003, aún no ha encontrado la oportunidad de ser aplicada en casos que tienen que ver con discriminación por motivos religiosos.

[204] STC 41/1999, de 22 de marzo (BOE nº 100 de 27 de abril) FJ4. Ver también, relacionado con este caso STS de 4 de mayo de 2000 (Sala de lo Social) Rec. nº 3708/1999 Aranzadi 4266.
[205] STSJC, sala de lo Social, nº 25/1998, de 21 de octubre (AS/1998/4213).
[206] STC 253/2004, de 22 de diciembre (BOE nº 18 de 21 de enero de 2005) FJ8.

7.- La discriminación indirecta por motivos religiosos en el TEDH

A diferencia de lo ocurrido en los tribunales españoles, el TEDH sí se ha enfrentado a un caso en el que apreció la existencia de una violación del art. 14 CEDH en combinación con el art. 9. Se trata del conocido caso *Thlimmenos c. Grecia*[207]. El demandante, Testigo de Jehová, fue condenado y cumplió pena de cárcel en 1983 por haberse negado a ingresar en las filas del ejército con ocasión de una movilización general. En 1988 ganó una plaza de experto contable en la administración pública, pero vio su candidatura rechazada por tener antecedentes penales, en aplicación del art. 22 del Código de la Función Pública. Thlimmenos entendió que el rechazo que sufrió estaba motivado por sus convicciones religiosas ya que él no acudió al alistamiento como consecuencia de un mandato religioso de cumplimiento obligatorio.

Es sobradamente conocida la afirmación del TEDH según la cual el art. 14 CEDH es vulnerado tanto cuando el Estado no es capaz de tratar de manera igual a quienes están en una situación análoga, sin una causa objetiva y razonable, como cuando el Estado no es capaz de tratar de manera diferente a personas cuya situación es significativamente diferente, sin una causa objetiva y razonable[208].

A Thlimmenos le fue aplicada una norma neutral, en el sentido en que no tenía intencionalidad discriminatoria hacia ningún colectivo. De hecho, en su demanda no pone en duda la razonabilidad de la norma, ya que parece justificado que las personas condenadas por ciertos crímenes puedan encontrar vedado su acceso a puestos con responsabilidad dentro de la función pública. La protesta del demandante tiene que ver más con la proporcionalidad de la norma, ya que no resulta justo que todas las personas condenadas tengan el mismo tratamiento. No parece que la condena por la puesta en práctica de la objeción de conciencia por motivos religiosos o filosóficos –por mucho que la figura jurídica de la objeción de conciencia en materia militar no estuviese reconocida en el momento en que el demandante la ejerció[209]– deba conllevar el mismo nivel de infamia que otros crímenes. En consecuencia, la fe que Thlimmenos profesa tiene incidencia en su condena, algo por lo que ya se vio obligado a ingresar en la cárcel. En

[207] Caso de *Thlimmenos c. Grecia*, de 6 de abril de 2000 (ap. nº 34369/97).
[208] Ibíd. § 44
[209] El gobierno griego no reconoció esta figura hasta el año 1997.

este contexto, someterle a otras condenas adicionales una vez que ya ha cumplido la primera, resulta desproporcionado.

Todo esto llevó al Tribunal a considerar que la legislación griega, aunque neutral, llevaba a tratar de un modo similar a todas las personas convictas de un crimen sin causa objetiva y razonable. De esta forma, provocaba un efecto adverso en un colectivo por razón de religión y debió haber articulado, a juicio del TEDH, las excepciones adecuadas a la norma para evitar estos efectos. Como apunta Elósegui "*El Tribunal Europeo, en el caso Thlimmenos, está exigiendo a los Estados legislaciones con flexibilidad en la norma general y típica en los casos en los que exista una justificación objetiva y razonable*"[210]. Aunque, continúa la profesora donostiarra, lo cierto es que en Europa hay un reparo a la hora de garantizar la aplicación de excepciones a normas generales.

De hecho, el razonamiento apuntado en este caso podría abrir una puerta en la que se llegaría a una política de acomodos de aquellas prácticas de grupos minoritarios que encuentran dificultades a la hora de ser aceptadas en espacios públicos sin que medie una causa legítima y proporcionada. En el ámbito religioso no son muchos los avances producidos en la línea establecida en Thlimmenos. Sin embargo, en el ámbito de la discriminación por razón de raza o grupo étnico se puede citar el caso *DH y otros c. la República Checa*[211] o el caso *Osus u otros c. Croacia*[212]. También es relevante el caso *Glor c. Suiza*[213] en el campo de la discriminación por razón de discapacidad. Nos ocuparemos de analizar estos pronunciamientos más adelante.

Las profesoras Ast y Elósegui se muestran de acuerdo en que la figura de la discriminación indirecta es un instrumento adecuado para garantizar el respeto a la diversidad étnica, religiosa y cultural, mediante la necesaria adaptación a las necesidades de comunidades tradicionalmente ajenas a la configuración del espacio público. Aunque, por otra parte, sería deseable un desarrollo legislativo que aporte soluciones en esta materia ya que no parece que deban ser los tribunales en quienes tenga que descansar la última responsabilidad en materia de gestión de la diversidad.

[210] Elósegui, María; *op. cit*. p. 219.
[211] STEDH, caso *DH y otros c. la República Checa*, de 13 de noviembre de 2007, ap. nº 57325/00.
[212] STEDH, caso *Osus y otros c. Croacia*, de 16 de marzo de 2010, ap. nº 15766/03.
[213] STEDH, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009, ap. nº 13444/04.

Precisamente, en el próximo capítulo se analizarán las sentencias más significativas, tanto de los tribunales españoles como del TEDH, en el campo de los símbolos religiosos individuales. Se desgranarán los argumentos más relevantes y se ofrecerá una panorámica de la manera en que este fenómeno ha sido ponderado, así como de las garantías que se ofrecen a la manifestación de la libertad religiosa a través de símbolos y prendas en este proceso. De ahí se podrá establecer un diagnóstico de la situación que nos permita evaluar cuáles son los conceptos clave que entran en juego en esta materia y de qué manera han sido interpretados.

CAPÍTULO 2

LAS LIMITACIONES AL USO DE SIGNOS DINÁMICOS DE ADSCRIPCIÓN RELIGIOSA EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS

Contenido

En el segundo capítulo comenzaremos delimitando los elementos que conforman el debate en el ámbito concreto de la exteriorización de la fe mediante signos de adscripción religiosa, qué vamos a entender por espacio público o cuál es la dimensión y la interpretación que otorgamos a los símbolos. También expondremos la manera en la que entendemos que deben ponderarse los exámenes de necesidad y de proporcionalidad al afrontar una eventual limitación de un derecho fundamental cuando colisiona con otro derecho o bien jurídico merecedor de tutela. Posteriormente repasaremos los casos que se han planteado ante los tribunales españoles a propósito de la manifestación de la libertad religiosa. Igualmente centraremos nuestra atención en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta misma materia, más abundante que la española. Veremos cómo han interpretado los tribunales los conceptos de acuerdo a los cuales se puede limitar la presencia de SDAR en el espacio público y cómo se han articulado las ponderaciones de los bienes jurídicos que han entrado en juego en cada uno de los casos.

Sumario

I.- VISIBILIZAR LA RELIGIÓN A TRAVÉS DE UNO MISMO. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DEBATE. 1.- La esfera pública y la delimitación de "lo público". 2.- Qué vamos a entender por espacio público. 3.- La mirada del otro. Un pulso por el poder y el valor de los símbolos. 3.1.- La manifestación de la libertad religiosa, ¿una visión objetiva o subjetiva? 3.2.- Lo inabarcable de la práctica religiosa y los problemas para acotar la manifestación de la conciencia. 3.3.- Los signos de adscripción religiosa, su valor simbólico y la neutralidad del Estado. De *Arrowsmith* a la categorización del *burka* en *S.A.S. c. Francia*. 3.3.1.- Lo que nos interesa de los SDAR. 3.4.- La limitación de la práctica religiosa y los test de necesidad y proporcionalidad. II.- ESTUDIO DE CASOS SOBRE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA DINÁMICA. 4.- Juegos prohibidos. La visibilización de la pluralidad religiosa en el ámbito educativo. 4.1.- El reto de la diversidad en el entorno escolar. 4.1.1.- Centros docentes privados y la definición del ideario educativo. 4.1.2.- Los centros docentes públicos y el mandato de neutralidad del Estado. 4.1.3.- Un espacio mixto: los centros docentes concertados. 4.2.- La jurisprudencia sobre los SDAR en los centros docentes en España. 4.3.- La visión del TEDH y el empleo del margen de apreciación estatal. 4.4.- El enfoque adoptado por el CDHNU. 5.- El patrón no es el único que manda. La simbología religiosa en el puesto de trabajo. 5.1.- El ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral. 5.2.- La experiencia española. 5.3.- Business as usual. El TEDH y el elogio del desempleo como garantía última de la libertad religiosa. 6.- Otros ámbitos especialmente sensibles. 6.1.- Una presencia inquietante. La difícil conciliación entre la seguridad pública y los signos religiosos. 6.1.1.- La identificación personal en lugares caracterizados por sus medidas de seguridad. 6.1.2.- La fotografía en documento público. 6.2.- El funcionariado y las instituciones del Estado. 6.3.- El *burka* y el niqab, una nueva dimensión de la otredad. Las prohibiciones de prendas religiosas en la vía pública y los espacios municipales. 6.3.1.- Las prohibiciones generales a través de ordenanzas municipales en España o el espíritu de Esquilache. 6.3.2.- La vestimenta religiosa en la plaza pública. Caso *Ahmet Arslan*. 6.3.3.- SAS c. Francia. Una aportación creativa a la expansión de los límites a la manifestación de la libertad religiosa. III.- RECAPITULACIÓN.

I. VISIBILIZAR LA RELIGIÓN A TRAVÉS DE UNO MISMO. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DEBATE.

> A mi abuela le molestaba el hecho de que el velo, que para ella era símbolo de su relación sagrada con Dios, se hubiera convertido en un instrumento de poder, un instrumento que hacía que las mujeres que lo llevaban se transformaran en signos y en símbolos políticos.
>
> Azar Nafisi – *Leer Lolita en Teherán*

1.- La esfera pública y la delimitación de "lo público"

La mención a lo público puede hacer referencia a dos fenómenos, de acuerdo a la definición que propuso Hannah Arendt[214]. Por un lado, evoca aquello que puede ser visto y oído por todo el mundo y que, en consecuencia, tiene la más amplia publicidad posible. Es decir, aquello que ocurre en el "foro público" (en el sentido romano del término) que son aquellos ámbitos en los que la ciudadanía lleva a cabo sus actividades ordinarias y socializa con sus semejantes. Cuando nos refiramos a esta dimensión de lo público, lo denominaremos *espacio público* o *espacios públicos*. Como es sabido algunos de esos espacios están cualificados y será a los que se dedique una atención especial en este capítulo, sea por la relación de dependencia que se establece con quienes los ocupan de manera obligatoria (prisiones), sea por los vínculos que ligan a las partes fruto de las obligaciones contractuales (ámbito laboral), bien por los requisitos de seguridad que se imponen a los usuarios (aeropuertos, edificios oficiales) o bien por ser espacios en los que se manifiestan ciertas funciones del Estado (funcionariado que trabaja en edificios oficiales, escuelas públicas, tribunales de justicia).

El segundo significado que trae consigo el término público tiene que ver con aquello que concierne a toda la sociedad y que está diferenciado de aquellos intereses o propiedades que afectan singularmente a uno o varios individuos. Nos referiremos a esta dimensión como *esfera pública*[215]. Si, de manera ideal, una democracia deliberativa "*genera una interna conexión entre negociaciones, discursos de autocomprensión y discursos*

[214] Arendt, Hannah; *La condición Humana*. Barcelona: Paidós, 2001, pp. 59-67.

[215] Arendt, Hannah; op. cit. pp. 59-67. "*La esfera pública, al igual que el mundo en común, nos junta y no obstante impide que caigamos el uno sobre el otro, por decirlo así. (…) Sólo donde las cosas pueden verse por muchos en una variedad de aspectos y sin cambiar su identidad, de manera que quienes se agrupan a su alrededor sepan que ven lo mismo en total diversidad, sólo allí aparece auténtica y verdaderamente la realidad mundana".*

referentes a la justicia, y cimenta la presunción de que bajo tales condiciones se alcanzan resultados racionales o equitativos"[216], entonces se podría definir la esfera pública como aquellas argumentaciones o debates que, realizados de una manera formal o informal, abordan asuntos que inciden en la cosa pública y que involucran a todos en la medida en que afectan a políticas públicas o aspectos legislativos[217].

Reflexionar sobre la esfera pública nos ayudará a entender la forma en la que ésta se conforma, así como la manera en la que se define el rol que corresponde a los credos minoritarios en el proyecto social. Resulta interesante comprobar cómo la experiencia norteamericana (pensamos aquí en Estados Unidos y Canadá) y la europea ofrecen ejemplos diferentes. Como apunta José Casanova[218], mientras en el caso estadounidense las nuevas religiones inmigrantes se han integrado en el dinámico pluralismo religioso del país, en Europa las religiones llegadas (o, en algunos casos, simplemente hechas más visibles) con los nuevos flujos migratorios, son percibidas como un reto al limitado modelo de pluralismo religioso y a las tendencias secularizadoras que de manera "natural" el continente estaba llamado a experimentar.

Lejos de considerar la diversidad religiosa como una característica propia de las sociedades, muchos países europeos cuentan con una larga tradición de vinculación del Estado con una determinada confesión religiosa. Consecuentemente la identidad nacional se ha construido ligada inevitablemente a ese credo, y su esfera pública está igualmente dominada por una concepción unívoca del fenómeno religioso[219]. El riesgo que esto trae consigo en la actualidad, como ha sido denunciado, es el de identificar, siquiera inconscientemente, el pluralismo religioso con la inmigración, con el consiguiente desenfoque que ello puede acarrear en su regulación jurídica[220].

---

[216] Habermas, Jürgen; "Tres modelos normativos de democracia" en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 2010, p. 240.

[217] Gamper, Daniel; "Ciudadanos creyentes, el encaje democrático de la religión" en Camps, V. (ed.) *Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 118-119.

[218] Casanova, José; "La inmigración y el nuevo pluralismo religioso. Una comparación Unión Europea/Estados Unidos" en *Revista CIDOB d'afers Internacionals*, nº 77, pp. 13-39.

[219] Ya se ha expuesto en el capítulo 1 el reflejo constitucional que en la historia española ha existido entre identidad colectiva y hecho religioso.

[220] Ruiz-Vieytez, Eduardo J.; "La diversidad religiosa en el País Vasco: carencias y propuestas sobre su tratamiento jurídico e institucional" en Ruiz-Vieytez, E.J. (dir.) *La diversidad religiosa en el País Vasco. Nuevos retos sociales y culturales para las políticas públicas.* Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, p. 124.

Las dimensiones de la otredad se solapan, como advierte Casanova, allí donde inmigración se identifica con islam y dificulta (islamofobia mediante) un cambio de paradigma que debería darse en la configuración de la esfera pública con vistas a repensar una sociedad que se conciba como intrínsecamente plural. Esta preocupación es la que late bajo la Recomendación 1927, que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó el 23 de junio de 2010 junto con la Resolución 1743, ambas bajo el título *Islam, islamism and islamophobia in Europe.*

Junto a esta corriente, chocan también en Europa dos posicionamientos que marcan tendencias contrapuestas y que, con su particular fuerza tractora, inciden en el debate sobre la diversidad religiosa. Por un lado, la movilización de los credos religiosos tradicionales en algunos países (los casos español o italiano nos resultan cercanos) ante lo que se percibe como una pérdida de influencia que acarrea un declive de los valores tradicionales de la sociedad y un relativismo moral. Esta manifestación coincide con una de las formas de desprivatización de la religión en la tesis presentada por José Casanova[221]. Una percepción extendida que ha servido de respaldo a las jerarquías eclesiásticas para participar activamente en el debate de la esfera pública. En palabras de Casanova, este fenómeno *"…podría explicarse simplemente como una respuesta tradicional a los procesos modernos de universalización, que son promovidos y protegidos por las intervenciones jurídicas del Estado y que quiebran, por ejemplo, la familia patriarcal tradicional o los modelos establecidos de discriminación sexual o racial…*"[222]. Esta participación en la discusión pública puede tener aspectos positivos, aunque su vocación de influencia en la actividad legislativa y los peligros que ello puede acarrear no escapan al análisis del autor aragonés. Como apunta Ferrajoli[223], la ética laica no debe ser otra cosa más que el reconocimiento del carácter autónomo de la moral y el valor de su cumplimiento como fin en sí mismo, contrapuesto por tanto a las éticas religiosas, de las que se predica su verdad (lejos de la autonomía de las conciencias) y que, por provenir de la doctrina eclesiástica, tienen la naturaleza de normas heterónomas. De esta manera, la influencia religiosa en materias tan sensibles como el divorcio, el aborto, el matrimonio y la adopción por parte de personas del mismo sexo o la eutanasia, corre el riesgo de ignorar la necesaria laicidad del Derecho para incurrir en un doble

[221] Casanova, José: *Religiones públicas en el mundo moderno*. Madrid: PPC, 2000.

[222] *Ibíd*, p. 307.

[223] Ferrajoli, Luigi; "Laicidad del derecho y laicidad de la moral" en *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta, 2008, pp. 132-142.

peligro; bien a través de la fundamentación moralista del Derecho que tendría su expresión en la imposición jurídica de una moral, ideología o religión determinadas, bien a través de la fundamentación objetiva de la moral. Para el autor italiano, ambos extremos son indeseables ya que, en uno de los casos el Derecho usurparía el espacio que corresponde a la autonomía de la moral y en el otro entraría en el ámbito religioso propio de Dios.

Por otro lado, coexiste en Europa una corriente contrapuesta que se erige precisamente como una reacción frente a la preeminencia del confesionalismo de otras épocas y frente a la influencia que aún se deja sentir. Se trata de un posicionamiento que más que el agnosticismo, el ateísmo o el laicismo, tiene una connotación anticlerical[224]. Su visión estrictamente privatista y restrictiva en lo referente a las manifestaciones de los fenómenos religiosos, adultera el principio de laicidad de igual manera (aunque por diferente camino) que la corriente anterior. En este caso también la autonomía de la voluntad se ve vulnerada y, en su lugar, la ética laica viene a ser sustituida por una ideología de Estado que propugna un desvalor del hecho religioso condenando (especialmente a quienes tienen los valores de una religión minoritaria como referente moral, a la invisibilización, así como a la práctica clandestina).

Tanto una como otra visión resultan difíciles de administrar, la primera por romper el criterio de no discriminación por razón de religión y porque no es conciliable con una laicidad positiva al servicio de la libertad religiosa de los individuos desde la neutralidad; y la segunda porque el espacio público democrático es, en palabras de Rovira i Llopart[225], un espacio "contaminado" de manera inevitable, por las diferentes concepciones de la vida que confluyen en una sociedad. Es cierto, como apunta el propio autor catalán, que los credos religiosos han sido tradicionalmente vistos con recelo al exponer sus ideas en la esfera pública debido a que éstas responden a una ética o a una racionalidad religiosa que, en ciertos temas objeto aún de encarnizado debate, es percibida como diferente e incluso contradictoria con el horizonte ético que debe inspirar al Estado. Además, también se opone que los argumentos "de autoridad" esgrimidos por la racionalidad religiosa no

[224] Cortina Orts, Adela, *La ética de la sociedad civil*. Madrid: Anaya, 1995, pp. 142-149; Ollero Tassara, Andrés; *España: ¿un Estado Laico? op. cit.*, pp. 17-18; Prieto Álvarez, Tomás; *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*. *op. cit.*, pp. 54-55.

[225] Rovira i Llopart, Francesc; "Espacio público y pluralidad de creencias" en *Revista CIDOB d'afers Internacionals*, nº 77, pp. 137-148.

resultan admisibles en la discusión pública democrática y deberían ser discutidos en un marco laico de relaciones[226]. Siendo todos ellos argumentos a tener en cuenta, no parece que la solución sea la artificial eliminación del componente de base religiosa del debate público y su relegación al ámbito privado, entre otras cosas porque tampoco nadie ha sido capaz de explicar cómo se hace tal cosa sin contravenir el marco de derechos y libertades del que nos hemos dotado. De igual manera, en el terreno concreto de los signos dinámicos de adscripción religiosa (en adelante SDAR), la solución tampoco parece encontrarse en la extirpación "iconoclasta" de cualquier signo individual de los espacios públicos.

En este sentido, resulta muy interesante apuntar aquí la idea de Ferrajoli[227] en torno a la predicada universalidad de los derechos humanos, la cual no supone que éstos *sean* universalmente compartidos, ya que hay individuos en nuestra misma sociedad que pueden objetarlos, ni a que *deban ser* compartidos, puesto que esta obligación sería claramente iliberal. Por tanto, la universalidad tiene una base cuantitativa en lo referente a su titularidad, que supone la igualdad de todo ese universo en esos derechos. Tal comprensión del carácter universal de los derechos fundamentales no hace más que incidir en la autonomía de los sujetos para pertenecer o no a una cultura determinada. Consecuentemente no puede aceptarse la idea de que las culturas puedan prevalecer sobre los derechos humanos. Ahora bien, ese principio es predicable de todas las culturas, incluida la nuestra[228]. La laicidad debe proteger precisamente la autonomía de la voluntad que se erige en defensa del individuo frente a cualquier imposición cultural. La finalidad última de la laicidad es la igualdad moral de las personas y su libertad de conciencia, como apuntaban Bouchard y Taylor en la definición que reproducíamos en el capítulo 1. Esto quiere decir que la laicidad no es, como se podría desprender de las dos corrientes

[226] *Ídem*, pp. 141-143. El papel que los discursos religiosos tienen en los debates políticos de las democracias liberales inspirados por una racionalidad secular fue analizado por Habermas, Jürgen; "Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política" en Mendieta, E. y Vanantwerpen, J. (eds.) *El poder de la religión en la esfera pública*. Madrid: Trotta, 2011, pp. 23-38.

[227] Ferrajoli, Luigi; "Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo" en *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta, 2008, pp. 143-152.

[228] Javier de Lucas también llama la atención acerca del carácter histórico de la categoría de derechos humanos, lo cual no va en menoscabo de su universalidad, aunque es preciso conjugar ambas dimensiones mediante una reflexión acerca de los presupuestos culturales que subyacen en ellos. El autor murciano, de hecho, propuso revisar la tesis de la neutralidad cultural de los derechos humanos como requisito de su universalidad a través de un análisis de la manera en que habitualmente se enfocan los debates que tienen que ver con la pena de muerte en De Lucas, Javier; "Otra vez sobre el imperativo de universalidad de los derechos humanos y el pluralismo cultural" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 2002, pp. 1-8.

de pensamiento que se han mencionado, un intento de imponer una ideología de Estado o una ideología particular a la ciudadanía a través del Derecho o a través de las instituciones del Estado.

2.- Qué vamos a entender por espacio público.

En el espacio público, en el primero de los sentidos otorgados por la definición de Arendt reproducida al comienzo de este capítulo, se dan cita una diversidad de intereses y funciones para cuya comprensión se precisa de un modelo de análisis que ayude a abarcar sus diferentes dimensiones. Se va a seguir, a estos efectos, el modelo propuesto por Silvio Ferrari[229]. Para este autor al hacer referencia a los espacios públicos hemos de tener en cuenta que los mismos se definen tanto por las características que contienen y las relaciones que se producen en ellos como por las personas que los ocupan. En consecuencia, propone diferenciar la dimensión espacial y personal de los mismos.

Tener en cuenta la *dimensión espacial* supone comprender que en los espacios públicos existe, a veces simultáneamente, un espacio común, un espacio político y un espacio institucional. El espacio común tiene la característica de ser aquél en el que las personas satisfacen sus necesidades básicas y es, por tanto, ineludible. En este ámbito la comunicación entre individuos no está dominada por un lenguaje político. Impedir el acceso a este espacio primario tiene como resultado la segregación y marginación de las personas afectadas, en la medida en que quedan aisladas de un lugar básico. En este sentido, las prohibiciones generales de acceso al espacio común por vestir prendas cotidianas de inspiración religiosa tienen un coste muy grande para quienes deben padecerlas. El espacio político es el espacio de debate y discusión en el que el discurso público toma forma. Las consideraciones ya expuestas en torno a la esfera pública son aplicables aquí. Ferrari apunta que, por las características de este ámbito, además del principio de libertad debería predominar un principio de responsabilidad. El espacio institucional es el lugar donde se deliberan aspectos que serán impuestos de manera coactiva a la ciudadanía. Es decir, es el espacio de la toma de decisiones que deberán ser respetadas por todos. Por esto los principios de justicia, equidad y neutralidad son los que deben dominar esta escena, aunque esto no debe significar que los aspectos religiosos o

[229] Ferrari, Silvio; "Religion in the European public spaces: a legal overview" en Ferrari, S. y Pastorelli, S. (eds.) *Religion in public spaces*. Farnham: Ashgate, 2012, pp. 139-156.

las diferentes concepciones de la vida deban quedar excluidos de él. Por este motivo Ferrari apuesta por la búsqueda de consensos, cuando ello sea posible, con vistas a permitir la coexistencia de diferentes símbolos religiosos en un mismo espacio, como manera de instruir en un pluralismo que sea provechoso y responsable[230]. Por supuesto, estos tres espacios coexisten e incluso se solapan. Por ejemplo, la escuela pública es un buen ejemplo de la concurrencia simultánea de estas variables de manera que la presencia o la ausencia (vía prohibición) de signos de adscripción religiosa en los centros docentes afecta tanto al espacio común (por la socialización que en ellos se da), al político (porque cuando hay prohibiciones se limita el ejercicio de la libertad religiosa de alumnado y profesorado) y al institucional (por tener que predominar en ellos la neutralidad debida hacia los credos religiosos).

Por su parte la *dimensión personal* afecta a las personas físicas o jurídicas que habitan las tres dimensiones espaciales mencionadas. Esta dimensión personal nos advierte de que, por seguir con el ejemplo de la escuela pública, aunque alumnado y profesorado coinciden en el tiempo y el espacio, sólo los segundos son funcionarios públicos. Aunque, por otro lado, también son ciudadanos privados que ejercen una función pública. Tampoco es lo mismo ejercer el magisterio en una institución pública que en una privada. Estas últimas, en ocasiones, pueden estar sufragadas con fondos públicos en un régimen de concertación. Estas diferentes perspectivas serán abordadas cuando nos refiramos al caso concreto de la presencia de signos religiosos dinámicos en los centros escolares. De la misma manera, la relación laboral puede estar condicionada por la naturaleza pública o privada del empleador, así como por el carácter del trabajo que se lleva a cabo.

Como bien se ha apuntado, el valor que tiene esta deconstrucción del espacio público que se propone es el de ofrecer una perspectiva acerca de la diversidad de espacios públicos, su caracterización y la manera en que se interrelacionan. De esta forma se puede articular una respuesta apropiada a los casos en función de los espacios en que tiene lugar frente a la tentación de gestionar estas realidades a través de prohibiciones generales[231].

[230] Ibíd, p. 152.

[231] Martín Sánchez, Isidoro; "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 35, 2014, p. 10

3.- La mirada del otro. Un pulso por el poder y el valor de los símbolos.

Los objetos no tienen valor en sí mismos, sino por el empleo o la utilidad que aportan. Cuando los objetos adquieren una dimensión simbólica es a través de la interpretación o el significado que los espectadores le otorgan, hecho que configurará su carácter. Aun así, ese significado no es unívoco, de manera que la cultura, las creencias o las elecciones de las personas influyen de manera determinante en la comprensión que de ellos se haga. Las sociedades encuentran en los símbolos, religiosos o no, importantes catalizadores de las identidades colectivas. En las sociedades crecientemente plurales, ciertos fenómenos como la inmigración o el terrorismo fundamentalista, pueden hacer llegar a la conclusión, en muchos Estados-nación, de la necesidad de alcanzar cohesión social a través de un refuerzo de las identidades colectivas mayoritarias. Ciertamente en las sociedades democráticas postseculares (por emplear la expresión de Habermas) los diferentes grupos humanos que convinen deben interiorizar "*la legitimación secular de la comunidad estatal*"[232], una necesidad que Rawls conceptuó como "*consenso entrecruzado*"[233], y que puede materializarse en una serie (limitada) de valores cívicos compartidos. Sin embargo, esta necesidad no resulta incompatible con el hecho, naturalmente repetido a lo largo de la civilización humana, de que esos mismos grupos continúen remitiéndose a sus símbolos como caminos de autoafirmación y pertenencia.

Bajo la dialéctica de la preeminencia de los símbolos se esconden dinámicas de poder inherentes a las estructuras sociales. Los *skylines* de las ciudades son un buen ejemplo de ello, especialmente cuando conocidas marcas comerciales pugnan por tener sus logotipos luciendo en las azoteas de los principales rascacielos. En el ámbito religioso, resulta con frecuencia difícil de asimilar por la ciudadanía la idea de perder un referente visual en el horizonte geográfico, que además es representativo de una trayectoria histórica común. El caso de los minaretes suizos resulta muy ilustrativo cuando se analizan los argumentos empleados por las partes[234].

El Derecho no ha sido ajeno a esta lucha por la preeminencia de los símbolos propios entre los diferentes grupos sociales. De manera contraria a las exigencias derivadas del

[232] Habermas, Jürgen; "¿Qué significa una sociedad postsecular? Una discusión sobre el islam en Europa" *op. cit.*, pp. 64-80.

[233] Rawls, John; *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 2004.

[234] Ruiz Vieytez, Eduardo J. "Democracia directa y religión: problemas derivados de la decisión suiza de prohibir los minaretes" en *Revista de Derecho Político*, nº 87, 2013, pp. 253-288.

mandato de neutralidad que vincula a las instituciones del Estado, en ocasiones los tribunales de justicia y las asambleas legislativas han tomado partido en la resignificación de los símbolos de la mayoría y de las minorías, en un proceso que, como subraya Susanna Mancini en su análisis de los recientes casos que han involucrado al crucifijo cristiano y al *hiyab* musulmán, muestran una tendencia más partidaria de contrarrestar o minimizar el pluralismo que a buscar un acomodo a los diferentes elementos que exteriorizan las sensibilidades existentes entre la ciudadanía[235]. Los casos más conocidos de las polémicas que se han centrado en torno a la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos han tenido lugar en Italia[236] y en Baviera[237]. En ambos casos la legislación vigente justificaba la colocación de esos símbolos cristianos. La incógnita a despejar era si esa presencia resultaba compatible con el principio de laicidad que inspira al Estado. Algunos pronunciamientos judiciales[238] incluyeron razonamientos tendentes a desacralizar el crucifijo para situarlo, mediante esa rebaja de su carga religiosa, en unas coordenadas históricas y culturales coherentes con la transición que las sociedades occidentales han experimentado hacia los regímenes liberal-democráticos. Algunas de estas argumentaciones tienen un sesgo más político que jurídico, como en la conocida sentencia de Lautsi II[239] en la cual se define el crucifijo como un símbolo pasivo de carácter no proselitista[240].

---

[235] Mancini, Susanna; "The power of symbols and symbols as a power: secularism and religion as guarantors of cultural convergence" en *Cardozo Law Review*, vol. 30:6, 2009, pp. 2629-2668.

[236] La exhibición de los crucifijos en Italia tenía su base en dos Reales Decretos (nº 935, de 30 de abril de 1924 y nº 1297 de 26 de abril de 1928) anteriores tanto al antiguo concordato de 1929 como a la aprobación de la Constitución de 1948. De ahí que la opinión del Consejo de Estado fuera favorable a la vigencia de esta normativa y que las diferentes instancias judiciales mostraran opiniones divergentes. Ver Relaño Pastor, Eugenia; "La polémica del crucifijo en las aulas: *Lautsi contra Italia* ¿un nuevo conflicto entre cristófobos y creyentes?" en Revenga Sánchez, M., Ruiz-Rico, G. y Ruiz Ruiz, J.J. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 233-267.

[237] El Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional la norma bávara que establecía la obligatoriedad de la presencia del crucifijo en las escuelas públicas. La reacción del parlamento bávaro consistió en aprobar una ley mediante la cual se podía instalar un crucifijo en las aulas salvo que se presentase alguna objeción por parte de personas cuya fe o cosmovisión así lo exigiese, tras lo cual se podría abrir un proceso de conciliación. En caso de no alcanzar un acuerdo se deberá aportar una solución que respete la libertad religiosa del alumno disidente, que pondere las convicciones religiosas e ideológicas del resto de la clase y que tenga en consideración el deseo de la mayoría.

[238] Por ejemplo, el fallo del Tribunal Supremo de Baviera, de 3 de junio de 1991, 122 Bayerische Verwaltungsblatter [BayVBI] 751 (751-54) (F.R.G.) o la sentencia 1110/2005 del Tribunal Administrativo Regional del Véneto.

[239] STEDH, caso *Lautsi y otros c. Italia*, de 18 de marzo de 2011, ap. nº 30814/06.

[240] Coincidimos con Rey Martínez Fernando; "¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas? en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 27, mayo, 2012, pp. 1-32, que resume en cuatro argumentos principalmente la defensa de la presencia del crucifijo en las aulas: al argumento de la irrelevancia (el empleado en Lautsi II, que lo interpreta como símbolo pasivo y no proselitista) se unen los

Igualmente, en casos que hacían referencia a la vestimenta de prendas religiosas (*hiyab*) por parte de profesorado o alumnado, se ha observado esta tendencia, aunque en el sentido contrario, de manera que se ha ahondado en la visión eurocéntrica que tiende a situar los símbolos ajenos a la racionalidad occidental en un terreno incompatible con la lógica democrática. Desgraciadamente esta tendencia también está presente en ciertos fallos del TEDH, especialmente en el caso *Dahlab*[241], en el que se analizaba la demanda de una profesora que pretendía impartir sus clases vestida con el *hiyab* en un centro de educación primaria. El tribunal afirma (en una cita reproducida posteriormente en la sentencia del caso *Şahin*) que la vestimenta del *hiyab* puede tener un efecto proselitista, visto que es impuesto a las mujeres a través de un precepto del Corán que resulta difícil de reconciliar con el principio de igualdad de sexos, el mensaje de tolerancia, de respeto a terceros y, sobre todo, de igualdad y no discriminación. Tales afirmaciones, al carecer de medios de prueba para ser sostenidas, más parecen encajar en una aplicación preventiva del orden público, de lo que hablaremos más adelante. Por ahora nos interesa destacar el efecto que tales afirmaciones en torno a los símbolos (crucifijo y *hiyab*) tienen en la construcción del espacio público.

El crucifijo es visto como un elemento histórico cuyo significado, reelaborado en torno a los valores de la mayoría, lo hace compatible con un principio de laicidad, que más responde a aspectos ideológicos que meramente instrumentales en favor de la libertad de conciencia. Por su parte, da la impresión de que los símbolos no occidentales van a encontrar dificultades para acceder a ese espacio público[242]. La ley francesa 2004/228 de 15 de marzo, conocida como *Ley sobre laicidad* o *Ley del velo*[243], prohíbe portar signos o elementos mediante los cuales se manifieste de manera ostensible una pertenencia

argumentos de la tradición (secularizado, propio de la identidad nacional y coherente con los principios democráticos), la antirreligiosidad (retirar crucifijos es un acto hostil hacia la religión) y antidemocrático (abuso de minoría). Como sostiene el autor leonés, todos ellos tienen enjundia jurídica, aunque no resultan plenamente convincentes.

[241] *Dahlab c. Suiza*, op. cit.

[242] Mancini, Susanna; *op. cit.* pp. 2664 y ss.

[243] Su nombre completo es Ley n° 2004-228 del 15 de marzo de 2004 *que enmarca, en aplicación del principio de laicidad, la tenencia de símbolos o ropa que manifiesten una pertenencia religiosa en los colegios, escuelas y liceos públicos*. La preocupación que ha existido en Francia durante las últimas décadas en torno a la interacción entre el empleo de SDAR por parte del funcionariado público y la articulación del principio de laicidad ha dado lugar a un buen número de pronunciamientos de diferentes instancias administrativas y jurisdiccionales. Muchas de esas controversias han tenido lugar en centros de enseñanza. Para un recuento de las mismas, así como de la fundamentación de sus decisiones, ver Labaca Zabala, María Lourdes; "Los agentes-empleados públicos de Francia y las vestimentas religiosas en el desempeño de su trabajo: ¿comportamiento contrario a los principios de laicidad y neutralidad de la sociedad francesa?" en *Cartapacio de Derecho*, publicación online, 2009, p. 1-41.

religiosa en los centros docentes públicos. El mismo concepto de "ostensible" no deja de jugar un papel relevante en la construcción "llave en mano" del principio de laicidad y del espacio público que de ello se genera. El cristianismo carece de signos personales que merezcan tal calificativo ya que su propia evolución dentro del imperio romano (más aún tras el edicto de Tesalónica) así como su condición confesional durante siglos en los reinos y Estados que se fueron configurando en Europa, hizo de este credo un elemento indispensable en la percepción de uniformidad sobre la que se han creado la mayoría de las instituciones políticas del continente. En consecuencia, los cristianos no tenían la necesidad de significarse. Las circunstancias históricas y políticas sobre las que una tradición religiosa se ha gestado, tienen relevancia en su concepción de las relaciones sociales e institucionales. En este sentido, el judaísmo, el islam o el sijismo nacieron y se desarrollaron bajo otros prismas y en ellos la exhibición de signos o prendas de adscripción religiosa tiene una preeminencia particular. Todos esos elementos son por su propia naturaleza ostensibles.

Aunque si, como se ha dicho, las relaciones sociales otorgan significado a los símbolos, pero por otro lado la libertad religiosa en los regímenes constitucionales está configurada como un derecho de la personalidad, nos podemos preguntar si los signos dinámicos de adscripción religiosa se definen para el Derecho atendiendo a elementos objetivos o bien subjetivos.

3.1.- La manifestación de la libertad religiosa, ¿una visión objetiva o subjetiva?

Los textos legales que reconocen la libertad religiosa amplían su protección no sólo al fuero interno de las creencias sino a la exteriorización de las mismas a través de manifestaciones que incluyen el culto, la enseñanza, las prácticas o la observancia de los ritos. El art. 9.1 CEDH, el 18.1 PIDCP o el 2.1 LOLR prevén esta circunstancia. La pregunta a la que nos enfrentamos en el terreno de la manifestación religiosa tiene que ver con cuáles son las prácticas que van a encontrar el amparo del derecho fundamental, tal y como está formulado en los textos legales de referencia. Si entendemos que existe un componente objetivo que define las prácticas incluidas en la definición de libertad religiosa, tendremos que concluir que sólo aquellas experiencias o comportamientos que tienen reconocimiento en los textos sagrados o cuyo ejercicio venga avalado por una autoridad eclesiástica encontrarán reconocimiento en el derecho.

Aplicado esto al ámbito de los signos de adscripción religiosa se podría sostener que *el símbolo es resultado de una convención social, es cultura y creación y su interpretación lo perfecciona. La convención social que lo determina podrá referirse a toda la sociedad en su generalidad o a una parte de la misma en particular (Iglesia/confesión) pero siempre al grupo*[244]. Según este punto de vista *no cabe la determinación individual y subjetiva del símbolo, sino que la referencia al colectivo resulta exigida por el propio concepto*[245]. El problema que encierra este enfoque es que en él no encuentran reflejo las corrientes minoritarias de las religiones, con el peligro de dejar desamparadas ciertas sensibilidades. Además, provocaría que los tribunales de justicia tuvieran que estar pendientes de cuestiones teológicas aún no resueltas llegando incluso a verse involucrados en ellas.

Desde una concepción subjetiva de la libertad religiosa, sería la comprensión de la persona que porta el símbolo la que ofrecería la clave (más que a la sociedad, la jerarquía eclesiástica, el Estado o los tribunales de justicia) ya que si para ella es un vehículo de exteriorización de la fe, que le hace comportarse de una manera acorde a su visión del mundo, tal postura no sería sólo objeto de tutela a través de la libertad religiosa sino que entraría igualmente en el ámbito de protección de la libertad ideológica. Es cierto que este punto de vista despierta recelos por cuanto serían innumerables los comportamientos que eventualmente podrían encontrar encaje a la luz de este posicionamiento, situación que nos asoma al vértigo de una realidad imposible de gestionar. También es cierto que la sinceridad de las creencias, la proporcionalidad de los hechos que concurren en cada caso, así como la circunstancia de que estamos en el terreno de las convicciones que ofrecen una visión completa y coherente del mundo, son elementos que nos pueden ayudar a discernir cuándo estamos ante un caso amparable por la libertad religiosa o, por el contrario, ante un exceso cuyo encaje es difícil o imposible.

No hay que perder de vista que el propio CEDH contiene una formulación en su artículo 17 que, aunque no ha sido aún empleada en el ámbito del artículo 9, está al alcance del

[244] Meléndez Valdés Navas, Marina; "Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos" en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 24, 2010, p. 7
[245] Ídem, p. 29

Tribunal para enmendar aquellas formas de pensamiento que supongan un menoscabo de las libertades y los derechos reconocidos en el Convenio[246].

> *Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.*

Un repaso por la jurisprudencia del TEDH y de la antigua CmEDH nos puede ayudar a entender ambos puntos de vista. Así como las ventajas en inconvenientes de cada uno de ellos.

3.2.- Lo inabarcable de la práctica religiosa y los problemas para acotar la manifestación de la conciencia.

La demostración religiosa tiene una particular fuerza expansiva, de manera que el término "práctica" contenido en la definición del fuero externo de la libertad religiosa podría ser visto como un *cajón de sastre* en el cual entrarían multitud de comportamientos de inspiración religiosa. En la medida en que este trabajo se centra específicamente en las manifestaciones de naturaleza religiosa, no se entrará en un debate, ciertamente interesante, pero que excede el marco de este análisis, en torno a la diferencia entre religión y convicción ni sobre las creencias o posturas éticas ante el mundo que encontrarían protección en el concepto de libertad de conciencia y pensamiento tal y como está formulada en los textos legales vigentes. Nuestro análisis comienza con el caso *Arrowsmith c. Reino Unido*[247], en el que la antigua CmEDH consideró que la doctrina pacifista, tal y como la definía la demandante Patty Arrowsmith, podía ser considerada como una filosofía que entra dentro del ámbito de la libertad de pensamiento y religión y, en consecuencia, está protegida por el art. 9.1 CEDH. Se trata de una perspectiva amplia que hace que las convicciones o cosmovisiones sostenidas por las personas de

[246] Evans, Malcolm; *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en el espacio público*. Pamplona: Lacoonte, 2010, pp. 16-17. El propio Evans añade el caso de *Norwood c. Reino Unido*, auto de inadmisibilidad, de 16 de noviembre de 2004, ap. nº 23131/03, en el que se estimó que la exhibición de un poster en el que se identificaba islam con terrorismo no estaba amparada por la libertad de expresión reconocida en el art. 10 CEDH ya que esta afirmación era contraria a los valores de tolerancia y no discriminación proclamados en el Convenio.

[247] CmEDH, de 12 de octubre de 1978, caso *Arrowsmith c. Reino Unido*, ap. nº 7050/75.

manera sincera sean susceptibles de entrar bajo el ámbito de protección de la libertad de conciencia.

Lo que la Comisión tuvo que decidir en el caso *Arrowsmith*, y que tiene mucha relación con nuestro tema de análisis, es si (una vez asumido que el pacifismo como filosofía entra dentro del ámbito de protección de la libertad de conciencia) la acción concreta de entregar unos panfletos pacifistas a tropas británicas en Irlanda del Norte podía ser considerada una manifestación de esa libertad. De igual manera, en nuestro objeto de estudio, es necesario preguntarnos si la exhibición de signos dinámicos de afiliación religiosa puede ser considerada una exteriorización de la libertad de religión.

A primera vista parece que los textos legales contienen formulaciones en las que la vestimenta o exhibición de estos elementos podrían tener encaje. El art. 16.1 CE hace referencia a "manifestaciones", que posteriormente en el desarrollo del art. 2.1 (a) encuentra la formulación como "…*manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas*…". Por su parte, tanto el art. 18.1 PIDCP como el 9.1 CEDH contienen formulaciones similares "*este derecho incluye (...) la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*.".

La delimitación del término "manifestación" con base en cuatro formas: culto, enseñanza, práctica y observancia, no parece que deba ser entendida como un listado cerrado debido a la ya aludida "fuerza expansiva" de la manifestación religiosa. El CDHNU, en sus comentarios al art. 18 PIDCP, especificó que "*la observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos…*"[248].

En el ámbito del CEDH, tanto la antigua Comisión como el Tribunal han establecido en reiteradas ocasiones, incluido el citado caso *Arrowsmith*, que el artículo 9.1 CEDH no protege cualquier acto motivado o influido por una religión o ideología[249], aunque no ha definido un camino por el cual se pudiera determinar cuáles son los actos que encuentran cobertura en el mencionado artículo y cuáles no. Parece que se requiere una cierta relación

[248] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Comentario General Número 22, *op. cit.*
[249] Ver también STEDH, de 1 de julio de 1997, caso *Kalaç c. Turquía,* ap. nº 20704/92, § 27.

de necesidad entre la acción puesta en práctica y las creencias sostenidas, a efectos de entender que esa acción es expresión de la creencia.

> *However, when the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by art. 9(1), even when they are motivated or influenced by it.*[250]

Esta doctrina, conocida como *test de Arrowsmith*, haría descansar sobre la parte demandante de amparo bajo el artículo 9, la prueba de que sus actos son requeridos por su creencia o religión. De esta forma, el *test de Arrowsmith* se puede interpretar como una forma de definir (y potencialmente delimitar) un concepto indeterminado como es el de "práctica"[251] ante el miedo a que dicho concepto pudiera ser empleado para amparar todo tipo de comportamientos de apariencia más o menos religiosa junto con los abusos que ello podría traer consigo. Habría que añadir que esta dificultad nace de la concepción de la libertad religiosa como un derecho subjetivo y que esta subjetividad está aún más acentuada en el fenómeno de los SDAR, en la que el carácter de signo o símbolo supone una atribución de significado tanto por quien lo porta como por quienes lo observan.

De hecho, resulta un terreno resbaladizo la determinación de un acto, una prenda o un símbolo como de naturaleza no religiosa cuando para la persona que lo realiza o lo porta sí que la tiene. ¿La caracterización como religiosa de una práctica descansa sobre los hechos concretos y la doctrina religiosa o bien debe entrar en juego la percepción subjetiva de quien lo lleva a cabo? Tanto la CmEDH como el TEDH se han visto en esta tesitura en varias ocasiones. El patrón establecido en el caso *Arrowsmith* acerca del amparo de aquellas prácticas que pudieran ser expresión de una creencia más que una simple influencia de la misma, no ha resultado especialmente consistente.

En el ya mencionado caso de *X c. Reino Unido*, el demandante solicitaba adecuar su horario laboral de los viernes para tener la posibilidad de asistir a la mezquita más cercana al centro educativo en el que trabajaba. En el fallo se estima que no quedó demostrada la necesidad religiosa que para la parte demandante suponía el hecho de asistir a la mezquita para los rezos del viernes[252]. Siguiendo esta lógica (que pone a la parte demandante en la

[250] Arrowsmith c. Reino Unido, *op. cit*. § 71.

[251] Evans, Carolyn; *op. cit*. p. 117.

[252] CmEDH, auto de inadmisibilidad, de 12 de marzo de 1981, caso *X c. Reino Unido*, op. cit., *"The Commission does not consider that the applicant has convincingly shown that, following his transfer in*

tesitura de tener que demostrar que la práctica religiosa objeto de controversia es "necesaria" en el ejercicio de su religión y, por tanto, es merecedora de protección) encontramos una referencia por parte del Tribunal que decidió en el caso *Kokkinakis*[253] a un informe elaborado por la institución *World Council of Churches*, en la que se afirma que el proselitismo es una misión esencial de todo cristiano y de toda Iglesia. En el caso de *Valsamis c. Grecia* un matrimonio de Testigos de Jehová estimaba que la participación de sus hijos en el desfile del día nacional de la independencia contravenía sus creencias ya que los actos conmemoraban hechos militares que resultaban contrarios al pacifismo que les imponía su religión. Por el contrario, el fallo estima que ni en el desfile ni en sus preparativos hay nada que pueda ofender las convicciones pacifistas de los padres[254].

Esta orientación que mantenía el Tribunal hacia cierta respuesta "objetiva" de las prácticas religiosas que pueda ser apoyada por argumentos de autoridad presenta dos problemas. Por un lado, se podría preguntar por la garantía que este enfoque ofrece a aquellas personas que forman parte de corrientes minoritarias en sus religiones, y que en consecuencia pueden no tener "doctrina" religiosa en la que apoyarse ni "mayoría de fieles" que apoyen su punto de vista. Por otro lado, la remisión de las partes a informes de autoridades eclesiásticas puede exponer al Tribunal a ser una extensión de debates doctrinales aún no resueltos y frente a los cuales los miembros del Tribunal no estén en condiciones de determinar cuál de las opiniones que comparecen sea la más cualificada[255].

La aceptación de la religiosidad de una práctica con base en la subjetividad de quien lo ejerce ofrece, cierto es, la perspectiva nada halagüeña de encontrar una multiplicidad de peticiones (algunas de formulación más que dudosa) que hagan inviable, por imprevisible y arbitrario, este camino. Sin embargo, la apuesta por la subjetividad de las prácticas no implica la aceptación irrebatible de cualquier acto que sea reivindicado como manifestación religiosa. De hecho, la puesta en valor de la sinceridad de las creencias es un indicador de que la libertad religiosa protege aquellas prácticas que tengan su base en una cosmovisión o en una postura ética ante el mundo y que la coherencia y la plenitud del pensamiento son guías para descartar aquellas propuestas que pueden esconder

1974 to a school "nearer to mosques", he was required by Islam to disregard his continuing contractual obligations vis-à-vis the ILEA (...)"

[253] *Kokkinakis c. Grecia, op. cit*. par. 48.

[254] STEDH, de 18 de diciembre de 1996, caso *Valsamis c. Grecia*, ap. nº 21787/93, § 31.

[255] Evans, Carolyn; *op. cit*. pp. 122-123.

intereses espurios que buscan, por ejemplo, determinados beneficios o exenciones mediante el alegato de pertenecer a cierto credo. Es lo que se estima que ocurrió en el caso *Kosteski c. Antigua República yugoslava de Macedonia*[256], en el cual el demandante no acudió a su puesto de trabajo un 29 de enero, fecha festiva para los musulmanes del país. Al día siguiente alegó que su incomparecencia se debió a su condición de musulmán practicante. Los antecedentes del señor Kosteski hicieron a la empresa empleadora dudar de la condición religiosa que alegaba en el presente, hecho que llevó al trabajador a denunciar una vulneración de su *fuero interno*. El TEDH recuerda su rechazo a la idea de un Estado que juzgue las creencias personales e íntimas de su ciudadanía, pero también aprecia que, en el ámbito laboral, allí donde las obligaciones contractuales implican que una ausencia injustificada pueda dar lugar a sanciones disciplinarias, no es irracional ni choca con la libertad de conciencia exigir cierto nivel de acreditación de las creencias cuando estas amparan ciertos beneficios.

> *… the courts' decisions on the applicant's appeal against the disciplinary punishment imposed on him made findings effectively that the applicant had not substantiated the genuineness of his claim to be a Muslim and that his conduct on the contrary cast doubt on that claim in that there were no outward signs of his practicing the Muslim faith or joining collective Muslim worship.*[257]

De cualquier manera, la labor de determinar si un comportamiento resulta manifestación de una creencia hasta el nivel de entrar en el tipo marcado por los textos legales y merecer protección constitucional en ciertos casos resulta complejo y, de acuerdo a algunos autores, imposible[258]. En la jurisprudencia del TEDH encontramos casos difíciles en aquellas demandas relacionadas, no tanto con prácticas religiosas en sí mismas, sino con requerimientos profesionales cuyos resultados pueden chocar con lo dictado por una doctrina religiosa en un campo concreto. Su definición o no como práctica religiosa ha

[256] STEDH, de 13 de abril de 2006, caso *Kosteski c. Antigua República yugoslava de Macedonia*, ap. nº 55170/00.

[257] Ibíd, § 39.

[258] Una visión poco convencional es aportada por Fallers Sullivan, Winnifred; *The impossibility of religious freedom*, Princeton: Princeton University Press, 2005, donde expresa las dificultades de catalogar los comportamientos amparables bajo la cobertura de la cláusula de libre ejercicio de la constitución estadounidense a partir de su experiencia como perito en el caso del Tribunal Supremo de Florida *Warner et al. vs. City of Boca Ratón*, nº SC01-2206. Varios credos religiosos cristianos y judíos construyeron sus tumbas familiares de manera contraria a lo establecido por la normativa municipal, que exigía una simple placa vertical en mármol. Cuando el ayuntamiento, al cabo de varios años de permitir esta práctica les comunicó la necesidad de ajustarse a la normativa, los interesados adujeron que la obligación que les era impuesta vulneraba su libertad religiosa reconocida en la primera enmienda de la constitución.

resultado contradictoria. En el caso de *Pichon y Sajous*[259], dos farmacéuticos franceses se negaron a vender en su negocio medicamentos anticonceptivos, a pesar de ser solicitados bajo prescripción facultativa. Los demandantes se amparaban en el artículo 9 CEDH para su negativa. Ante esta afirmación, el tribunal recordó que, aunque el mencionado artículo lista una serie de maneras en las que la libertad religiosa puede tomar forma, por otro lado, no garantiza el derecho a comportarse en público de la manera impuesta por esa creencia. De forma que no cubre cualquier acto o comportamiento motivado por el credo personal. En esta última categoría incluyó el tribunal el comportamiento de los demandantes.

Posteriormente, en *Eweida y otros c. Reino Unido*, uno de los demandantes, Gary McFarlane[260] objetaba, con base en su libertad religiosa, la realización de ciertos trabajos derivados de su profesión (la prestación de terapia psico-sexual a parejas del mismo sexo). En este caso, tanto los tribunales británicos como el de Estrasburgo no tuvieron problema en aceptar que la objeción de McFarlane estaba directamente relacionada con sus creencias cristianas ortodoxas acerca del matrimonio y las relaciones sexuales, de manera que su negativa a prestar el servicio constituía una manifestación de sus creencias, tal y como están previstas en el artículo 9 CEDH[261].

La divergencia de criterios entre los casos de Pichon/Sajous y McFarlane, indican a nuestro juicio las limitaciones del enfoque que trata de analizar estos casos desde la perspectiva de situarlos dentro o fuera del concepto de manifestación religiosa con base en el criterio de catalogarlos bien como prácticas que expresan la creencia o como actos remotamente conectados con la fe, a la manera de *Arrowsmith*. Tal vez pueda ser más conveniente aceptar en ambos casos una interferencia con sus respectivas conciencias, tal y como está previsto en el artículo 9, para después entender que, con arreglo al artículo 9.2, ambas intromisiones habían sido legítimamente impuestas por tratar de proteger la

[259] TEDH, auto de inadmisibilidad, de 2 de octubre de 2001, *caso Pichon y Sajous c. Francia*, ap. nº 49853/99.

[260] En este mismo caso también se analizó la demanda de Lillian Ladele, trabajadora del registro civil de Islington, en Londres, que se negaba a inscribir a parejas homosexuales. A diferencia de McFarlane la argumentación de Ladele denunciaba haber sufrido una discriminación con base en sus creencias cristianas, vulnerando el artículo 14 conjuntamente con el artículo 9.

[261] *Eweida y otros c. Reino Unido*, op. cit., § 108.

salud y los derechos y libertades de terceras personas, así como, en el caso de McFarlane, el ofrecer un servicio público sin discriminación alguna hacia los solicitantes del mismo.

3.3.- Los signos de adscripción religiosa, su valor simbólico y la neutralidad del Estado. De *Arrowsmith* a la categorización del *burka* en *S.A.S. c. Francia*.

A continuación, se analizarán los casos presentados ante el TEDH en los que algún SDAR estaba involucrado y la manera en la que se ha entendido (o no) que constituían manifestación de la libertad religiosa de las partes demandantes. Igualmente se prestará atención al punto de vista adoptado por la CDHNU. Es de destacar que en ninguna de las dos instancias se han presentado casos especialmente difíciles en esta materia ya que la mayoría tenían que ver con símbolos comúnmente aceptados como tales en las prácticas religiosas del cristianismo, el islam o el sijismo. Finalmente dirigiremos nuestra atención al Reino Unido, en el que sí que podemos apreciar algunos casos en los que la reclamación de ciertas personas en relación con sus signos de adscripción religiosa se sale de lo convencional.

Es de destacar, como hace Isabelle Rorive[262], que a pesar de que el TEDH ha afirmado numerosas veces que la libertad religiosa y de conciencia es un pilar de las sociedades democráticas[263], no fue hasta 1993 cuando entró a valorar el fondo de un asunto relativo a la libertad religiosa. Hasta entonces las demandas se habían resuelto en autos de inadmisibilidad. Así fue también en los casos referentes a SDAR. La antigua CmEDH tuvo que decidir en el caso referente a un ciudadano británico de religión sij que solicitaba quedar exento de la obligación de vestir casco al conducir su motocicleta debido a que resultaba incompatible con el turbante que, por motivos religiosos, estaba obligado a llevar continuamente[264]. En el parco fallo a que dio lugar esta petición se acepta que se ha producido una interferencia en la libertad religiosa del demandante, aunque no se argumenta la manera en la que se ha llegado a esa conclusión. La demanda fue declarada inadmisible por entender que la protección de la salud (en la medida en que es prevista

[262] Rorive, Isabelle; "Religious symbols in the public space: in search of a European answer" en *Cardozo Law Review*, vol. 30:6, 2009, p. 2673.

[263] "*... freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it*." Kokkinakis c. Grecia, op. cit. §31.

[264] CmEDH, auto de inadmisibilidad, de 12 de julio de 1978, caso *X c. Reino Unido, op. cit.*

por el artículo 9.2 CEDH como elemento limitador de la libertad religiosa) era el objetivo legítimo de la norma impugnada.

En dos conocidos casos que afectan al *hiyab* (los ya comentados de *Karaduman* y *Bulut*[265]) se cita expresamente a *Arrowsmith*, aunque posteriormente se alejan de su lógica. Para dilucidar si la vestimenta del *hiyab* estaba relacionada con la creencia de las demandantes, la Comisión razonó en torno a la naturaleza identificativa de la fotografía adherida al diploma, la cual no tiene incidencia pública y en consecuencia no tiene relación con la manifestación de la libertad religiosa[266]. La *relación de necesidad* entre acción y creencia se extrae del ámbito de la conciencia de las demandantes para situarla en la naturaleza del documento en el que las fotografías debían aparecer y fallar, en consecuencia, que no se trataba de un caso merecedor de protección bajo el paraguas del artículo 9 CEDH.

El actual Tribunal, por su parte, en pronunciamientos más recientes ha variado este punto de vista cuando ha tenido que enfrentarse a casos de SAR, en *Dahlab*[267], *Suku Phull*[268] y *Şahin*[269] de 2001 a 2005. En estos casos se aceptó, sin un razonamiento excesivo que justificase el cambio de orientación, que la vestimenta de esta prenda supone una práctica religiosa, objeto de protección por el artículo 9.1, con las limitaciones previstas en el 9.2. Aunque, de esta manera, ha marcado distancias con el criterio de la Comisión, sus

[265] En ambos casos las demandantes, estudiantes universitarias que profesaban el islam, entregaron para la confección del diploma del título que habían obtenido, sendas fotografías en las que aparecían tocadas con el *hiyab*. La Universidad no aceptó las fotografías entregadas y, en consecuencia, no expidió los certificados.

[266] CmEDH, auto de inadmisibilidad, de 3 de mayo de 1993, caso *Bulut c. Turquía, op. cit*. "*La Commission est d'avis également qu'un diplôme universitaire a pour but d'attester des capacités professionnelles d'un étudiant et ne constitue pas un document destiné à l'attention du grand public. La photo apposée sur un diplôme a pour fonction d'assurer l'identification de l'intéressé et ne peut être utilisée par celui-ci afin de manifester ses convictions religieuses".* Ver también *Karaduman c. Turquía, op. cit.*

[267] *Dahlab c. Suiza*, op. cit. La señora Lucía Dahlab ejerció su labor de profesora de primaria en un colegio público, desde su conversión al islam, vestida con *hiyab* a partir del curso académico 1990-91 hasta mayo de 1995, sin que constase problema ni incidente alguno en el correcto ejercicio de su profesión. Posteriormente fue despedida por considerar que su vestimenta era incompatible con el desempeño profesional y, lamentablemente, su demanda no mereció una sentencia que entrase al fondo del asunto, sino que se resolvió con un auto de inadmisibilidad. Un análisis crítico de este caso en Evans, Carolyn; "The Islamic scarf in the European Court of Human Rights" en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, 2006, pp. 52-73.

[268] TEDH, auto de inadmisibilidad, caso *Suku Phull c. Francia*, de 11 de enero de 2005, ap. nº 35753/03. El señor Suku Phull, de nacionalidad británica y religió sij, fue requerido por los agentes de seguridad del aeropuerto de Estrasburgo, para que se retirase el turbante que vestía a fin de poder acceder a la zona de embarque. El señor Phull adujo que su religión le impedía hacerlo, pero ante la negativa de los agentes, se vio obligado a quitarse el turbante, lo cual fue alegado por el demandante como una interferencia ilegítima con su libertad religiosa.

[269] *Şahin c. Turquía*, op. cit.

razonamientos han planteado algunos interrogantes. En el caso del turbante sij, la aceptación del mismo como manifestación religiosa viene precedida de una referencia a la doctrina religiosa[270]. Queda la duda, al leer el texto, acerca del valor que ese argumento teológico tiene en la decisión del tribunal, así como qué es lo que decidiría en caso de que no existiese tal mandato doctrinal. De ahí que se hubiera agradecido una mayor extensión del razonamiento y de los criterios, objetivos o subjetivos, que llevaron a los miembros del tribunal a determinar que el turbante es un elemento de manifestación religiosa. En el caso del *hiyab* resulta más complejo y controvertido fundamentar la eventual obligación que los textos sagrados del islam plantean a sus fieles para exigirles vestir el *hiyab*, de manera que el tribunal se eximió de hacerla. En estos casos se asumió que la prohibición de vestir la prenda que sufrió la parte demandante supuso una interferencia con su libertad religiosa, sin mayor discusión. En las dos sentencias del caso *Şahin* se adopta específicamente un enfoque subjetivo para huir de criterios puramente religiosos.

> *The applicant said that, by wearing the headscarf, she was obeying a religious precept and thereby manifesting her desire to comply strictly with the duties imposed by the Islamic faith. Accordingly, her decision to wear the headscarf may be regarded as motivated or inspired by a religion or belief and, without deciding whether such decisions are in every case taken to fulfil a religious duty, the Court proceeds on the assumption that the regulations in issue, which placed restrictions of place and manner on the right to wear the Islamic headscarf in universities, constituted an interference with the applicant's right to manifest her religion.*[271]

Más tarde entraremos en el análisis de los fundamentos jurídicos empleados para resolver estos dos casos. Por ahora, en el asunto de su valor como elemento de manifestación religiosa amparado por el artículo 9 CEDH, interesa señalar que tal vez para compensar el hecho de aceptar de manera incontrovertida su naturaleza religiosa, posteriormente los tribunales no se privaron de aportar un significado a la vestimenta objeto de análisis, de una manera que no parece que sea muy conciliable con la neutralidad predicada de los poderes públicos.

> *In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court*

[270] *Suku Phull c. Francia*, op. cit. *"With regard to the first complaint, as the Sikh religion requires its male followers to wear a turban, the Court is prepared to work on the premise that the disputed measure constituted interference with the applicant's freedom to manifest his religion or beliefs."*

[271] *Şahin c. Turquía*, op. cit. § 78. El subrayado es nuestro.

> *noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils*[272].

Esta afirmación fue afeada en el voto particular de la juez Françoise Tulkens, por entender que el tribunal se había extralimitado en sus funciones, otorgando una significación unilateral y negativa a una determinada prenda y sin que se hubiesen aportado evidencias durante el juicio que rebatiesen la afirmación de la demandante de que vestía la prenda por su propia voluntad. Igualmente, las afirmaciones hechas sin el apoyo de pruebas durante el juicio, realizadas en la sentencia del caso *Şahin*, que avalaban la prohibición universitaria basándose en el necesario mantenimiento del orden público frente al peligro de los extremismos religiosos en Turquía, proyectaba, según la discrepante Tulkens, la idea de que aquellas personas que, en uso de su libertad religiosa, vestían el *hiyab* pertenecían a esa peligrosa corriente de pensamiento[273].

En definitiva, estos últimos pronunciamientos ampliaron la estrecha concepción que de práctica religiosa hacía el *test de Arrowsmith* aceptando el criterio de la subjetividad al entender que la prohibición de vestir ciertas prendas supone una interferencia con la libertad religiosa. También es de subrayar que desligaron este reconocimiento de que su ejercicio venga avalado o no por un precepto religioso concreto. Cierto es que, si el dato teológico existe, el tribunal no tiene problema en reflejarlo como argumento *a fortiori* como se aprecia en el caso del turbante.

El criterio expresado en el caso *Şahin* que considera la vestimenta del *hiyab* como un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción religiosa, va a ser repetido y citado en casos posteriores que van a enfrentarse a demandas producto de la vestimenta de prendas religiosas. Así ocurrió en los casos de *Dogru* y *Kervanci* (en los que estudiaban sendas demandas de estudiantes expulsadas de colegios públicos en Francia por vestir el

---

[272] *Dahlab c. Suiza*, op. cit., citado en *Şahin c. Turquía*, op. cit. § 111.

[273] La sentencia de Şahin y particularmente el voto de la juez Tulkens han merecido una atención especial en Fraile Ortíz, María; "El velo islámico y el voto de la juez Tulkens" en Revista Española de Derecho Europeo, nº 18, 2006, pp. 261-277; Relaño Pastor, Eugenia y Garay, Alain; "Los temores del Tribunal Europeo de Derchos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 12, 2006, pp. 1-32. Una valoración crítica acerca de las afirmaciones del TEDH en relación con el *hiyab* en centros escolares públicos por parte de alumnado y profesorado se puede encontrar en Ruiz Ruiz, Juan José; "La prohibición del velo islámico en centros públicos de enseñanza y el orden público constitucional español y europeo" en Revenga Sánchez, M., Ruiz-Rico, G. y Ruiz Ruiz, J.J. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 77-119.

hiyab, previos a la entrada en vigor de la ley de 2004) así como en el de *El Morsli*, en los cuales consta que la naturaleza religiosa del pañuelo, de acuerdo a lo dicho en *Şahin*, no había sido puesta en duda por ninguna de las partes litigantes[274]. En el caso de *Mann Singh*[275] (quien vio denegada su solicitud de renovación del carnet de conducir por presentar una fotografía en la que vestía turbante) aunque fue el propio demandante quien alegó que la prenda era necesaria según los preceptos de su religión, el tribunal esta vez se limitó a seguir la doctrina de los últimos casos aludidos y afirmó que consideraba la vestimenta del turbante como un acto motivado o inspirado por una religión y, en consecuencia, aceptó la interferencia con la libertad religiosa[276]. El mismo razonamiento se aplicó a las demandas de alumnas (caso Köse) y a la de una profesora de un colegio público (caso Kurtulmus), ambos en Turquía[277]. Los casos planteados en Francia con posterioridad a la ley de 2004 que prohibía los símbolos religiosos en la escuela pública también adoptaron el mismo punto de vista para entender que se había producido una interferencia en la libertad religiosa.

Mención aparte merecen tres casos, por presentar características especiales, en los cuales el TEDH tuvo la ocasión de reafirmar la subjetividad de las manifestaciones como camino para entender que se ha producido una interferencia con la libertad religiosa. En *Ahmet Arslan c. Turquía*[278] los demandantes pertenecían a un grupo religioso dentro del islam denominado Aczimendi y estimaban que su religión les imponía la obligación de vestir de determinada manera. El hecho de que se tratase de una confesión minoritaria dentro de la comunidad musulmana diferencia este caso de los anteriores, ya que el recurso a una autoridad doctrinal podría haber llevado a una discusión de carácter teológico nada deseable. En este caso el tribunal aceptó que se había producido una interferencia con la libertad religiosa a consecuencia de la prohibición del gobierno turco de llevar sus ropas

[274] *Dogru c. Francia* y *Kervanci c. Francia*, op. cit. § 47; *El Morsli c. Francia*, op. cit.

[275] *Mann Singh c. Francia*, *op. cit.* El demandante, de religión sij, quiso renovar su carnet de conducir que le había sido robado. Para hacerlo entregó dos fotografías en las que aparecía con la cabeza cubierta por un turbante. Su petición fue denegada por este motivo.

[276] « *Dès lors, la Cour relève qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction. Partant, aux yeux de la Cour, la réglementation litigieuse, qui exige d'apparaître « tête nue » sur les photographies d'identité du permis de conduire, est constitutive d'une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté de religion et de conscience* ».

[277] Auto de inadmisibilidad, *Köse y otros c. Turquía*, de 24 de enero de 2006, ap. nº 26625/02. *Kurtulmus c. Turquía*, op. cit.

[278] STEDH, caso *Ahmet Arslan c. Turquía*, de 23 de febrero de 2010, ap. nº 41135/98.

en la vía pública, sin buscar otro recurso más allá de la conciencia sincera y consistente de las personas implicadas.

También merece ser citado el caso de *Eweida y otros c. Reino Unido*. Aunque en esta sentencia se estudiaron las demandas de cuatro personas, sólo nos centraremos en el caso de dos de ellas, Nadia Eweida y Shirley Chaplin. Ambas son cristianas y habían sido retiradas de su puesto de trabajo ya que llevar un colgante con un crucifijo era incompatible con los requisitos de vestimenta corporativa de British Airways, en el primer caso, y con las medidas de higiene y seguridad que debe guardar el personal de enfermería del hospital geriátrico en el que trabajaba la segunda de las demandantes. Para la señora Eweida, las normas de British Airways no hacían diferencia entre llevar un elemento a modo de símbolo religioso y vestir una pieza de joyería simplemente con una voluntad decorativa. El hecho de que en los textos canónicos del cristianismo no exista un precepto que imponga a los seguidores de esta fe la obligación de llevar un crucifijo al cuello (y esta opción sea voluntaria), puede hacer surgir la tentación de declarar la no existencia de interferencia religiosa. Sin embargo, es evidente para el observador exterior, que alguien que decide portar un crucifijo en una cadena, lo hace por la significación religiosa que contiene este elemento y por tanto una prohibición de llevarlo (con independencia de que posteriormente se estime que resulte legítima o no) supone una interferencia con su conciencia. El mismo criterio se aplicó en el caso de la señora Chaplin.

En la reciente sentencia del caso *SAS c. Francia*[279] la demandante, una mujer francesa musulmana que viste habitualmente con *burka*, ponía en cuestión la legislación francesa que prohíbe el uso de prendas que cubran el rostro[280]. El gobierno francés, en su respuesta a la demanda, alegaba que la demandante no había probado su condición de musulmana al tiempo que ponía en cuestión la seriedad y consistencia de las creencias de la mujer ya que ella reconocía en su escrito que ocasionalmente (visitas al médico, momentos propicios para socializar o en la práctica profesional) aceptaba quitarse el *burka*. Resulta interesante destacar que, en esta ocasión, el tribunal va a establecer sin dudas el criterio de que son las creencias sinceras, coherentes y relevantes las que van a encontrar amparo

[279] STEDH, *caso SAS c. Francia*, de 1 de julio de 2014, ap. nº 43835/11.
[280] Ley nº 2010-1192 de 11 de octubre de 2010.

en el artículo 9 CEDH, pero que una vez establecida esta premisa, la neutralidad el Estado impide a los poderes públicos pronunciarse sobre la legitimidad de esas creencias.

> *(…) the right to freedom of thought, conscience and religion denotes only those views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance. However, provided this is satisfied, the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed.*[281]

En este sentido, los actos susceptibles de ser calificados como manifestación religiosa deben contar con una conexión cercana y directa con la creencia que se dice mantener, aunque una vez establecido este vínculo no es necesario que la parte demandante demuestre que esa práctica está amparada por un dogma religioso concreto[282].

> *It is also true that an act which is inspired, motivated or influenced by a religion or beliefs, in order to count as a "manifestation" thereof within the meaning of Article 9, must be intimately linked to the religion or beliefs in question. An example would be an act of worship or devotion which forms part of the practice of a religion or beliefs in a generally recognised form. However, the "manifestation" of religion or belief is not limited to such acts; the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, applicants claiming that an act falls within their freedom to manifest their religion or beliefs are not required to establish that they acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question (ibid., § 82, and the references indicated therein).*
>
> *56. It cannot therefore be required of the applicant either to prove that she is a practising Muslim or to show that it is her faith which obliges her to wear the full-face veil. Her statements suffice in this connection, since there is no doubt that this is, for certain Muslim women, a form of practical observance of their religion and can be seen as a "practice" within the meaning of Article 9 § 1 of the Convention. The fact that it is a minority practice (see paragraph 16 above) is without effect on its legal characterisation.*[283]

Las afirmaciones del TEDH tienen relevancia, especialmente a la vista de pronunciamientos anteriores en relación con prendas menos controvertidas que el *burka*. Es cierto que esta última vestimenta es objeto de un importante debate en las democracias

[281] SAS c. Francia, op. cit. § 55.

[282] La fórmula de exención a la demandante empleada aquí es más tajante que la usada en *Şahin*, donde se establecía la relación entre acto y creencia con independencia de que su cumplimiento viniese exigido en un precepto religioso.

[283] Ibíd. § 55-56.

occidentales, pero no es menos cierto que la solución al mismo no parece encontrarse ni en negar su carácter de prenda de motivación religiosa ni en cuestionar la legitimidad de las creencias que llevan a ciertas personas a vestirla. La gestión de este asunto no parece que deba ser exclusivamente jurídica, aunque las respuestas que se puedan dar desde el campo del Derecho deberán tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren en cada caso y ponderar los bienes jurídicos en juego. Posteriormente se analizarán los fundamentos jurídicos de este caso.

Recientemente, en España, el TS[284] tuvo ocasión de manifestarse sobre el fenómeno del *burka* con ocasión de la aprobación por el ayuntamiento de Lleida de la Ordenanza municipal de Civismo y Convivencia en la cual se prohibía el acceso a servicios y equipamientos municipales a personas que llevasen el rostro cubierto. A la hora de definir el *burka* como acto con el cual se manifiesta una creencia, el TS apuesta claramente por una concepción subjetiva del fenómeno.

> *(…) es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural.*[285]

Resulta de interés la mención del TS a la subjetividad y a la neutralidad a la hora de enfrentarse a casos como los que nos ocupan ya que, desgraciadamente, los pocos pronunciamientos judiciales que existen en España sobre SAR no siempre se han caracterizado por abstenerse de enjuiciar la legitimidad de las creencias de las partes demandantes.

> *"Además resulta bastante curioso que la alumna se vistió con normalidad desde el primer curso de ESO, septiembre de 2005, esto es, cumpliendo las normas internas del Centro, y en el mes de febrero de 2010, esto es, más de cuatro años después decidió acudir al Instituto llevando el velo islámico (sic…), lo cual resulta bastante incomprensible."*[286]

[284] STS, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2613.

[285] Ibíd. Fundamento Jurídico 8º.

[286] Sentencia nº 35/2012, del juzgado Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid, de 25 de enero de 2012. Se trata del conocido caso de la joven Najwa Malha, expulsada del Instituto en el que estudiaba por llevar *hiyab*, algo que se entendió que contradecía el Reglamento de Régimen Interior del centro que prohibía el uso de gorras u otras prendas que cubran la cabeza en el interior del edificio. El subrayado es nuestro.

Significativo de una sensibilidad bien diferente hacia las creencias de los individuos resulta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que conoció de un caso en el que un conductor de autobuses, de religión judía, fue sancionado por su empleador al llevar la cabeza cubierta por una gorra ya que esa forma de vestir no estaba contemplada en los criterios de vestimenta del Convenio Colectivo de empresa.

> *El empeño del aquí actor en llevar gorra mientras conduce el autobús no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas. Aunque la sentencia no lo consigne, de manera sorprendente, entre los que declara probados, es hecho clave alegado en la demanda y corroborado de pleno en juicio que aquél es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía desde hace unos 23 años, así como que esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad (folio 14). Usar gorra, así pues, constituye para el demandante un acto prescrito por su religión, de manera que el conflicto se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (art. 20.1 del ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados (art. 16.1 CE)*[287].

Por su parte, la posición del CDHNU en relación con los SDAR es mucho más nítida y contundente. Ya se ha mencionado su posicionamiento en el comentario número 22 acerca del artículo 18 del PIDCP, que es reiterado en los pronunciamientos que ha emitido en los casos presentados ante él. En el caso de *Hudoyberganova v. Uzbekistan*[288], en el que una estudiante musulmana de la universidad de Tashkent fue excluida de las clases por llevar *hiyab*, el Comité entró a valorar el fondo del asunto tras entender que la vestimenta religiosa está amparada sin dudas por el artículo 18 PIDCP, y que en consecuencia hay una interferencia con la libertad religiosa de la demandante.

> *The Committee considers that the freedom to manifest one's religion encompasses the right to wear clothes or attire in public which is in conformity with the individual's faith or religion. Furthermore, it considers that to prevent a person from wearing religious clothing in public or private may constitute a violation of article 18, paragraph 2, which prohibits any coercion that would impair the individual's freedom to have or adopt a religion.*[289]

[287] Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia núm. 457/2002 de 9 septiembre, AS\2003\2.

[288] Decisión del CDHNU, de 8 de diciembre de 2004, *caso Raihon Hudoyberganova c. Uzbekistán*, comunicación nº 931/2000.

[289] Ibíd, § 6.2.

Posteriormente este criterio ha sido empleado en otros casos. De particular interés resultan para nuestro estudio los referentes a personas que portan signos relativos a la religión sij, principalmente los de Bikramjit Singh, Ranjit Singh o Shingara Mann Singh. Con ocasión de la ley francesa de 2004[290] por la cual se prohibían los símbolos religiosos en la escuela pública francesa, surgieron varias peticiones de alumnos de esta religión que se vieron afectados por la mencionada prohibición.

> *The Committee refers to its general comment No. 22 concerning article 18 of the Covenant and considers that the freedom to manifest a religion encompasses the wearing of distinctive clothing or head coverings. The fact that the Sikh religion requires its male members to wear a turban in public is not contested. The wearing of a turban is regarded as a religious duty for a man and is also tied in with a person's identity. The Committee therefore considers that the author's use of a turban or a keski is a religiously motivated act, so that the prohibition to wear it under Act No. 2004-228 constitutes a restriction in the exercise of the right to freedom of religion.*[291]

Ciertamente, la postura del CDHNU en esta materia resulta muy asertiva y revela una comprensión mayor del fenómeno religioso y de las dinámicas propias de la diversidad al evitar afirmaciones de naturaleza comprometida y utilidad ideológica como las vistas en otras jurisdicciones. Esto no significa que no se den cuestiones controvertidas en el uso de SDAR. A este respecto se va a dirigir la mirada al Reino Unido, un país que ha debido gestionar históricamente su diversidad religiosa y que en los últimos dos siglos ha sido receptor de inmigración proveniente de todo el mundo. En él se han planteado, de manera reciente, varios casos que resultan menos convencionales que los vistos hasta el momento.

A los efectos de la definición del empleo o vestimenta de un símbolo religioso entendida como manifestación de la libertad religiosa nos resulta especialmente interesante el caso de *Playfoot v. Millais School*[292]. La alumna Lydia Playfoot apareció en clase con un anillo en uno de sus dedos, con el cual pretendía exteriorizar su compromiso con el celibato prematrimonial, una idea que nacía de su compromiso con el modo de vida cristiano. El colegio en el que recibía las clases argumentaba que esta forma de comportamiento

[290] Mencionada en nota al pie 29.

[291] Decisión del CDHNU, de 4 de diciembre de 2012, *caso Bikramjit Singh c. Francia*, comunicación nº 1852/2008, § 8.3.

[292] [2007] EWHC 1698 (Admin). Fue un caso juzgado con base en la *Human Rights Act* de 1998, cuya función consistió en incorporar el CEDH al ordenamiento británico.

vulneraba las normas del centro en lo referente a la prohibición que pesaba sobre el alumnado para llevar joyería. En este caso se aprecia la dificultad, en el terreno de los SDAR, de diferenciar la manifestación de la fe, de los casos inspirados o motivados por una creencia o religión. Es precisamente en esa diferenciación sobre la que va a descansar la resolución del tribunal en este caso y se menciona la jurisprudencia del TEDH acerca de que sólo las prácticas necesarias o requeridas por la creencia van a ser merecedoras de protección, en línea con lo sostenido en *Arrowsmith*. En este sentido, según el tribunal, el hecho de llevar un anillo no está íntimamente ligado a la creencia de la castidad antes del matrimonio.

> *In my judgment the act of wearing a ring is not "intimately linked" to the belief in chastity before marriage. (...) The Claimant was under no obligation, by reason of her belief, to wear the ring; nor does she suggest that she was so obliged*[293].

De acuerdo a este razonamiento, el artículo 9 CEDH no está afectado en la medida en que el anillo no se considera propio de una manifestación religiosa.

Alcanzó gran notoriedad el conocido caso de *Begum v. Denbigh High School*[294]. Su dificultad radica en que el centro ya había realizado una labor de acomodo religioso con vistas a su alumnado en relación con el uniforme escolar. En este proceso habían sido consultados madres y padres, alumnado, profesorado, así como tres imames de mezquitas cercanas. Finalmente se adoptó como oficial la prenda conocida como *shalwar kameeze*, que aparentemente satisfacía las necesidades de alumnas hindúes, musulmanas y sijs. Así lo hizo la propia Shabina Begum hasta que en 2002 solicitó asistir a clases vestida con *jilbab*, por entender que se adecuaba mejor a sus requerimientos de conciencia. El fallo acepta la incidencia en este caso del artículo 9, de manera sincera y no menor porque la demandante haya cambiado sus exigencias de conciencia o porque esas creencias sean sostenidas por un número minoritario de personas. Ese criterio de subjetividad se ve reforzado en la prosa del tribunal por la tradición religiosa del credo de la demandante.

> *That in itself makes this a significant case, since any sincere religious belief must command respect, particularly when derived from an ancient and respected religion*[295].

[293] Ibíd, §28.
[294] [2006] UKHL 15
[295] Ibíd, §21.

Por último, se puede mencionar el caso de *Watkins Singh v. Alberdare High School*[296], en la que la alumna Sarika Angel Watkins-Singh asistió a las clases del instituto con un brazalete o *Kara* propio de la tradición religiosa sij. El centro educativo alegó que esa forma de vestir era contraria a sus normas internas por entrar en la categoría de joyería. Para la demandante se trataba de un símbolo religioso necesario para para puesta en práctica de su fe. Aunque sus argumentos jurídicos se centraron en la figura de la discriminación indirecta y no en una interferencia con el artículo 9 CEDH, el tribunal dedicó varios puntos de su razonamiento[297] a la significación que tiene la *kara* para la comunidad sij, donde se desgranan argumentos históricos, doctrinales y sociológicos.

3.3.1.- Lo que nos interesa de los SDAR.

Para concluir diremos que de acuerdo con la configuración subjetiva que tiene la libertad religiosa en los textos jurídicos que la regulan, a efectos de nuestro trabajo, consideraremos como SDAR aquellos elementos propios de la vestimenta o bien distintivos personales o físicos que los individuos porten o empleen por diferentes circunstancias, pero a través de los cuales se pongan en práctica o se manifiesten requerimientos propios de la conciencia y que acrediten un nivel de coherencia, sinceridad e importancia.

Optar por este criterio elimina las contradicciones que la "objetivación" de los signos de adscripción religiosa trae consigo y aumenta la tutela de la libertad religiosa. No obstante, nos sitúa ante otro tipo de interrogante, como es el de determinar qué tipo de conexión debe darse entre el acto exteriorizado y la creencia que se dice sostener a efectos de calificarlo como manifestación religiosa. Esta duda es la razón por la que el TEDH no ha llegado a prescindir del *test de Arrowsmith*, por mucho que haya ampliado el estrecho margen con el que fue concebido reforzando el carácter de la autonomía de la voluntad de las personas creyentes. El caso *Playfoot* es un buen ejemplo del dilema que trae consigo la definición de manifestación religiosa desde criterios subjetivos pues el signo empleado por la demandante carecía, a primera vista, de relación con el dogma del celibato prematrimonial defendido por el catolicismo. Sin embargo, en la demanda presentada por Nadia Eweida, el hecho de que no exista un precepto concreto que exija

[296] [2008] EWHC 1865 (Admin)
[297] Ibíd, §23-30.

llevar un crucifijo en el pecho no podría ser esgrimido como causa para dejar este caso fuera del ámbito del artículo 9 CEDH visto el carácter nuclear que la cruz tiene en el mundo cristiano. En consecuencia, parece que por mucho que se acentúe la voluntad de las personas, la exigencia de relacionar el acto con la creencia que se dice sostener encuentra asideros naturales en la tradición, la teología o la interpretación mayoritaria en torno al mismo. El CDHNU no ha adoptado el criterio de *Arrowsmith* ni otro equivalente. Resulta interesante la propuesta de Paul Taylor[298], quien sugiere que si el TEDH quisiese remitirse a formas de manifestación religiosa tradicionalmente reconocidas podría fijar su atención en el listado proporcionado por el artículo 6 de la Declaración de Naciones Unidas de 1981[299].

De lo que se ha prescindido voluntariamente en la definición aportada es de ciertas características como la noción de símbolo y su conceptualización, la obligatoriedad de su empleo o la legitimidad de la misma establecida *a priori*. La permisividad o la prohibición de la exhibición o vestimenta de un SDAR no debería estar argumentada en torno al hecho de si un objeto es o no religioso o en torno a su interpretación o rol como símbolo religioso, sino en la ponderación de los bienes jurídicos en juego teniendo en cuenta los hechos que concurren en cada caso concreto[300].

---

[298] Taylor, Paul; *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 334.

[299] Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, A.G. res. 36/55, 36 U.N. GAOR Supp. (No. 51) p. 171, ONU Doc. A/36/684 (1981).

Artículo 6: De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

[300] Ollero Tassara, Andrés; "Racionalidad, derecho y símbolos religiosos" en Persona *y Derecho*, nº 64, 2011, pp. 43-57.

3.4.- La limitación de la práctica religiosa y los test de necesidad y proporcionalidad.

En el capítulo anterior se han abordado las causas que legitiman una eventual interferencia con la libertad religiosa tanto a tenor de la LOLR como del CEDH. Antes de entrar a analizar los casos presentados ante los tribunales con motivo de la exhibición de signos de adscripción religiosa, conviene examinar la forma en la que la limitación de un derecho fundamental se debe llevar a cabo. El artículo 9 CEDH exige que las restricciones a la libertad religiosa deban estar previstas por la ley y deban ser necesarias en una sociedad democrática. El requisito de "estar previsto por la ley" supone que la normativa que provoca la interferencia deba tener su base en el ordenamiento nacional y que cumpla con las características de accesibilidad y precisión exigible de toda norma jurídica. En cuanto a su interpretación, el término "ley" debe entenderse en su sentido material y no formal, de manera que incluya la normativa vigente, escrita o no, así como el derecho de creación judicial[301].

El requisito que condiciona la limitación a "ser necesaria en una sociedad democrática" precisa de un examen en el que se deben cumplir dos variables. La primera está tasada en el propio artículo 9.2 CEDH e implica que la limitación tiene que responder a un fin legítimo que está materializado en la seguridad pública, la protección del orden, la salud y la moral públicas, así como en los derechos y libertades de los demás. De estos elementos se ha hablado con extensión en el capítulo 1. El segundo elemento que compone el test de necesidad es la fiscalización de la proporcionalidad de la medida. He aquí el ámbito en el que se va a testar la verdadera necesidad de la limitación, toda vez que debe darse una relación sustancial entre los medios empleados y los beneficios obtenidos.

El examen de proporcionalidad debe satisfacer tres criterios. En primer lugar, la disposición limitadora debe ser apropiada, lo cual significa que tendría que presentar un equilibrio entre los medios empleados para proteger el interés legítimo y los fines obtenidos. En segundo lugar, debe ser necesaria. De esta manera se tiene que comprobar tanto la capacidad que tiene la medida impuesta para cumplir el fin deseado (que sea oportuna para alcanzar el objetivo propuesto) como la posible existencia de alternativas igualmente eficaces, pero menos gravosas para el derecho afectado. En tercer lugar, la

[301] *Leyla Şahin c. Turquía*, op. cit. §88.

proporcionalidad propiamente dicha nos debe orientar en torno a la carga efectivamente soportada como consecuencia de la limitación impuesta. Se entiende que el perjuicio ocasionado con la vulneración del derecho fundamental afectado no puede ser mayor que el beneficio obtenido con la medida limitadora.

El de proporcionalidad es un principio no escrito, pero sobre el que no parece haber dudas acerca de su carácter inspirador en el Derecho Constitucional. Más allá de esta afirmación hay que reconocer que se trata de un concepto controvertido pues, desde su moderna categorización a través del Derecho alemán, ha sido acusado de vago, impreciso y atentatorio contra la característica de previsibilidad y generalidad propia del *imperio de la ley*[302]. En su monografía acerca del principio de proporcionalidad, Bernal Pulido se hace eco de las críticas a las que ha sido sometido este criterio a la hora de ser aplicado en la fundamentación jurisdiccional de las normas que afectan a derechos fundamentales[303]. Se podrían resumir, en primer lugar, en que resulta un juicio irracional y subjetivo, toda vez que carece de claridad conceptual al no poder sustentarse sobre ningún punto de referencia jurídico. Coincidimos con el autor colombiano en rebajar la intensidad de esta objeción pues, lejos de lo que se indica, el de proporcionalidad es un método argumentativo en cuya aplicación, bien es cierto, es preciso explicitar los criterios analíticos empleados.

> *Un concepto deja de ser críptico cuando su significado se vuelve de uso común, cuando las ambigüedades a que pueda dar lugar se reducen y, de esta manera, cuando su utilización se hace comprensible para todos os participantes en el proceso político y en el discurso jurídico. A medida en que la doctrina y la jurisprudencia hagan un uso consistente, decantado y semánticamente constante del principio de proporcionalidad, este concepto adquirirá una mayor nitidez*[304].

En segundo lugar, se suele oponer que, mediante el principio de proporcionalidad se trata de medir o ponderar extremos inconmensurables, puesto que los derechos fundamentales

[302] Para un recuento acerca del origen y transmisión del concepto a través del derecho administrativo alemán Nolte, Georg; "General principles of German and European administrative law – A comparison in historical perspective" en *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994, pp. 191-212; Nicholas Emiliou se hace eco de las críticas que recibe el principio de proporcionalidad en Emiliou, Nicholas; *The principle of proportionality in European Law. A comparative study*. London: Kluwer Law International, 1996, pp. 24-26; el peligro de los balancing tests para el imperio de la ley fue argumentado por el magistrado estadounidense Antonin Scalia en Scalia, A. "The Rule of Law as a Law of Rules" en *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, pp. 1175-1188.

[303] Bernal Pulido, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Capítulo 2, pp. 163-198.

[304] Ibíd. p. 181

no son susceptibles de comparación. Es cierto que esta circunstancia se hace muy patente en los llamados casos difíciles, en los cuales resulta complejo otorgar un peso a cada uno de los bienes jurídicos en conflicto. Pero también es verdad que, esa inconmensurabilidad antecede al principio de proporcionalidad o, dicho de otra forma, no es una consecuencia de la aplicación de este principio, sino que también afectaría a otras formas disponibles para la resolución de esa controversia. Con frecuencia la inconmensurabilidad resulta del enfrentamiento entre posturas ideológicas que subyace a la propia controversia.

En cuarto lugar, se opone que resulta difícil identificar cuáles son los derechos y bienes jurídicos que deben ser ponderados. También estamos de acuerdo con Carlos Bernal cuando apunta que más que una objeción, ésta es una tarea pendiente de ser acometida por la doctrina constitucional, al delimitar el ámbito de aplicación de este principio. Finalmente, se objeta que el principio de proporcionalidad no es susceptible de reconstrucción teórica y, en consecuencia, llevará siempre a soluciones particulares y casuales. Efectivamente, las circunstancias que concurren en el caso concreto resultan un factor determinante en la aplicación del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la aplicación metodológica del principio de proporcionalidad no nos parece que deba dar lugar a una jurisprudencia constitucional embrollada, casuística e incoherente. No ha sido así cuando se ha aplicado en la larga historia del Derecho constitucional norteamericano o europeo. Por el contrario, entendemos que su aplicación ofrece flexibilidad y adaptabilidad a la toma de decisiones. Un enfoque argumentativo y abierto de la jurisprudencia constitucional que no debe ir en menoscabo de la fuerza normativa de la *Carta Magna*, más bien al contrario, pues se trata de integrar al máximo de individuos en el disfrute de los derechos y libertades que de ella se derivan. En el actual momento en el que nos encontramos, en relación con la gestión de la diversidad cultural, nos parecen valores a tener en cuenta.

Coincidimos, por tanto, con aquellos autores que echan en falta una doctrina más clara en los pronunciamientos del TEDH cuando valora la legitimidad de las limitaciones impuestas a la luz del artículo 9.2 CEDH[305]. La flexibilidad del test de proporcionalidad, así como su capacidad para tener en cuenta y otorgar un peso a las circunstancias que concurren en el caso concreto ofrecen un punto de partida apropiado para construir un

[305] Gunn, Jeremy; "Deconstructing proportionality in limitations analysis" en *Emory International Law Review*, vol. 19, 2005, pp. 465-498; Kamal, J. "Justified interference with religious freedom: The European Court of Human Rights and the need for mediating doctrine under article 9(2)" *op. cit.* pp. 667-708.

análisis que no descanse en tan gran medida en el concepto del "*margen de apreciación estatal*", que es una herramienta necesaria para un tribunal supranacional, como es el caso. Pero también es cierto que la continua remisión a este instrumento hace que en muchas ocasiones se evite entrar en el fondo del asunto, lo cual dificulta el establecer ciertos estándares europeos en una materia tan relevante como es la limitación de las manifestaciones de la libertad religiosa en tanto derecho fundamental[306]. En el análisis de la jurisprudencia existente en torno a los signos de adscripción religiosa se tendrá en cuenta el criterio tripartito que configura el examen de la proporcionalidad de las medidas limitadoras puestas en práctica.

II.- ESTUDIO DE CASOS SOBRE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA DINÁMICA.

> Esa poderosa tendencia a uniformar el estilo de vida, que secunda hoy el interés capitalista en la estandarización de la producción, tiene su fundamento teórico en el rechazo a la divinización de las criaturas.
>
> Max Weber – *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*

Los SDAR son elementos empleados por las personas como requerimientos derivados de su conciencia individual. En consecuencia, su uso se extiende a lo largo de toda la jornada y durante el ejercicio de las actividades cotidianas. Hay ciertos ámbitos en los que se plantean dudas acerca de si quienes portan estos signos pueden hacerlo de manera legítima o bien deben adaptar, o incluso cesar, esta práctica. A continuación, analizaremos algunos ámbitos en los que la presencia de SDAR puede resultar controvertida. En primer lugar, abordaremos la problemática de los centros educativos y posteriormente nos centraremos en la práctica profesional. También dedicaremos espacio a aquellos lugares en los que las medidas destinadas a garantizar la seguridad pública puedan llevar a una limitación de la manifestación religiosa y, por último, el relativo al funcionariado y las instituciones del Estado. Se seguirá el criterio según el cual son las características espaciales y personales las que determinan la legitimidad del empleo del signo religioso o la de su eventual prohibición.

[306] Para abundar en las reflexiones en torno al margen de apreciación estatal Lewis, Tom; "What not to wear: Religious rights, the European Court and the margin of appreciation" en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, April 2007, pp. 395-414.

4.- Juegos prohibidos. La visibilización de la pluralidad religiosa en el ámbito educativo.

A pesar de la alarma social que despiertan los casos referentes al empleo de SDAR por parte de menores de edad en el entorno escolar, lo cierto es que hasta la actualidad sólo existe un precedente en los tribunales españoles, el conocido caso de Najwa Malha, del que hablaremos más adelante. En el TEDH y en la CDHNU se han estudiado más demandas referentes a personas que desean portar sus signos religiosos en el ámbito académico. Por ello, en primer lugar, analizaremos la tutela que el ordenamiento español otorga a estas pretensiones, tanto en función del entorno en el que se plantean (no es el mismo el estatuto vigente para los centros privados, públicos o concertados) así como según el protagonista de la petición (alumnado o profesorado). En segundo lugar, se desgranarán los principios que han sido tenidos en cuenta por el TEDH en su jurisprudencia relativa a esta materia, así como su trasposición en la sentencia que resolvió la demanda de Najwa Malha. Para terminar, se hará referencia a la manera en que estos casos han sido abordados por el CDHNU.

4.1.- El reto de la diversidad en el entorno escolar.

El derecho a la educación está reconocido en el artículo 27 CE, en sus apartados 4 y 5 con carácter gratuito y universal. El apartado 6 reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes. Tales establecimientos se regularán conforme a lo establecido en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación (LODE)[307], de acuerdo a las enseñanzas definidas por la Ley Orgánica de Educación (LOE)[308]. Precisamente, el artículo 108 LOE clasifica los centros docentes en públicos (de titularidad de una administración pública), privados (cuando la titularidad recaiga en una persona física o jurídica de carácter privado) y privados concertados (caso de que el centro privado esté acogido a un régimen de conciertos legalmente establecido).

[307] Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.

[308] Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Recientemente modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la Calidad Educativa (LOMCE).

4.1.1.- Centros docentes privados y la definición del ideario educativo.

El artículo 115 LOE proclama el derecho de los titulares de los centros privados a establecer el "carácter propio" de los mismos. La definición de tal ideario educativo puede encontrar límites en los principios constitucionales, que es el marco dentro del cual sitúa el artículo 27.6 CE la libre creación de centros docentes, así como en los derechos de los integrantes de la comunidad educativa (alumnado, profesorado, así como el colectivo de madres y padres), tal y como lo prevé el artículo 115.1 LOE. Esta interacción resulta compleja y obligó al TC[309] a delimitar sus contornos. La influencia opera en un doble sentido: no sólo los derechos del colectivo escolar limitan el ideario del centro, sino que en ocasiones este último (en la medida en que es de público conocimiento, tal y como se establece en el artículo 115.2 LOE) limita a los primeros, ya que, de otra forma, el derecho a designar un carácter propio podría quedar vacío de contenido y vulnerarse así el derecho de los padres a escoger la formación que deseen para sus hijos (artículo 27.3 CE).

De acuerdo al artículo 124 LOE[310], los centros elaborarán normas de convivencia y conducta de obligado cumplimiento en las que se concretarán los deberes del alumnado, así como las medidas correctoras en caso de incumplimiento. Lógicamente, en el caso de los centros privados, las mencionadas normas de convivencia estarán fuertemente influidas por su ideario propio y contribuirán a la consecución del mismo. De cualquier forma, como apunta acertadamente Aláez Corral, no se puede otorgar a los aspectos disciplinarios del centro un valor autónomo, de manera que queden desvinculados de su fin educativo, que es su verdadera y última razón de ser[311]. Consecuentemente, para este autor, la normativa interna de los centros privados deberá recoger su propio ideario educativo, pero siempre sin perjuicio tanto de la función educativa (donde debe darse una

[309] STC 77/1985, de 27 de junio (BOE nº 170, de 17 de julio de 1985), FJ 9. *"…cabe recordar que el derecho del titular del Centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y a posibles limitaciones, quedando siempre a salvo, de acuerdo con el art. 53.1 de la C.E., su contenido esencial. En algunos aspectos puede que el respeto a los derechos de padres, profesores y alumnos, garantizados en el título preliminar del proyecto que se impugna, suponga una restricción del derecho del titular a fijar el carácter propio. En otros, sin embargo, el ejercicio por el titular de su derecho a establecer el carácter propio del Centro actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar -profesores, padres y alumnos-, pues de otro modo, no sólo quedaría privado de todo contenido real el derecho a establecer el carácter propio del Centro, sino que se vería también defraudado el derecho de los padres a escoger para sus hijos la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones".*

[310] Cuya letra actual proviene de la modificación introducida por el artículo 78 LOMCE.

[311] Aláez Corral, Benito; "Símbolos religiosos y Derechos Fundamentales en la relación escolar" *en Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, nº 67, enero-abril, 2003, p. 115.

lógica relación de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el ideario que se pretende alcanzar) como, de manera prioritaria, del libre desarrollo de la personalidad del alumnado. Los establecimientos privados tienen mayor capacidad para limitar el uso de SDAR que sean juzgados como no conformes con el carácter propio del centro, aunque también es cierto que el potencial de conflicto en estos lugares se ve reducido por el hecho de que quienes matriculan a sus hijos en un centro privado lo hacen por estar de acuerdo con ese ideario.

Más delicado es el rol del profesorado que emplea SDAR. Como ya indicó el TC al referirse a la libertad de enseñanza (lo mismo podríamos decir de su libertad religiosa a estos efectos), lo es en el puesto docente que ocupa y debe ser compatible con la libertad del centro de instaurar su propio ideario. Consecuentemente, hay dos preguntas que debemos hacernos al afrontar un conflicto de estas características: en primer lugar, si el empleo de signos de adscripción religiosa por parte del profesorado afecta a la función docente que ejerce, y (en caso de que la respuesta sea negativa) en segundo lugar si su uso es contrario al ideario del centro.

La respuesta a la primera pregunta es relevante visto que el TC diferencia las funciones educativas de aquéllas que simplemente buscan una transmisión de enseñanzas[312]. Las facultades limitadoras del ideario del centro serán mucho más exigentes en el primer grupo que en el segundo. La existencia de un ideario tiene una incidencia nuclear en la esfera educativa por cuanto se opta por ofrecer una determinada formación moral o religiosa con exclusión del resto. De ahí que el empleo por el profesorado de simbología religiosa dinámica que interfiera con la dimensión educativa que demanda el ideario escogido por la comunidad escolar podría verse legítimamente limitada.

En cuanto a la segunda pregunta, efectivamente ciertos símbolos pueden entenderse *per se* contrarios al carácter propio de la institución educativa. Resulta natural exigir del profesorado una actitud de respeto hacia la orientación ideológica del establecimiento para el cual trabajan. Ahora bien, ese respeto no puede significar en todo caso la asunción acrítica de sus fundamentos o la ausencia de legítima discrepancia. En este sentido, resulta pertinente recordar el argumento del magistrado don Francisco Tomás y Valiente[313],

[312] STC 5/1981, de 13 de febrero (BOE nº 47, de 24 de febrero de 1981) FJ 10.

[313] Ibíd, voto particular del magistrado Tomás y Valiente, § 16. Sus reflexiones están hechas a propósito de la conciliación entre la libertad de cátedra del profesorado y el ideario propio de los centros privados.

quien apuntó que el deber de respeto del profesorado no surge en atención a la libertad de creación de centros docentes sino en atención al derecho fundamental de padres y madres de educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones (art. 27.3 CE). De ahí que, si el signo portado por el profesor supusiese un ataque hostil o un menoscabo al ideario del centro, influyendo así en la formación moral o religiosa de los alumnos de manera opuesta a la escogida por sus progenitores al enviarlos a estudiar a esa institución, entenderíamos que ese comportamiento es inaceptable. Ahora bien, aquellos símbolos que meramente puedan entenderse como una opción particular del individuo, que no supongan menoscabo del ideario del centro o a lo sumo supongan una discrepancia, y ésta pueda ser fundamentada ante el alumnado como tal, no tendrían que suponer un problema de convivencia. De nuevo en palabras de Tomás y Valiente, refiriéndose a la formación de los alumnos: "*El pleno y libre desarrollo de la personalidad de éstos (arts. 10.1 y 27.2 de la C.E.) se obtiene fomentando en ellos un espíritu crítico, que sólo es posible imbuirles si también los profesores hacen uso de él en sus explicaciones*".[314]

4.1.2.- Los centros docentes públicos y el mandato de neutralidad del Estado.

A diferencia de los centros privados, los centros docentes de titularidad pública carecen de ideario propio. La función pedagógica ejercida por el Estado debe desarrollarse en un marco de neutralidad ética. Su contextualización jurídica, además de lo ya dicho en el capítulo 1 al referirnos a la laicidad, se encuentra tanto en el artículo 18 LODE[315] como en el 27.3 CE[316]. En consecuencia, no parece que la administración pública en el contexto educativo deba exhibir proactivamente símbolos estáticos en las instalaciones del centro docente ya que esta circunstancia podría propiciar una identificación entre la creencia que se viese representada en ese símbolo y la función pedagógica que se lleva a cabo en el centro. ¿Es esto mismo predicable de la comunidad educativa, compuesta principalmente de particulares que coinciden en un mismo espacio con funciones diversas? Como se ha sostenido anteriormente, el punto de vista que defiende este texto es el de atender a las dimensiones espaciales y personales que concurren para entender de qué manera el

[314] Ibíd. § 16.

[315] "*Todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución*".

[316] "*Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*".

mandato de neutralidad podría imponerse o no, antes que promover prohibiciones generales de exhibición de SDAR[317].

Antes de empezar convendría puntualizar que el mandato de neutralidad que afecta a los poderes públicos está dirigido, con carácter general, a preservar la pluralidad social y no a ocultarla o, peor aún, a eliminarla. De manera que parece normal (no objeto de alarma) que en las aulas encontremos un reflejo natural de la misma diversidad que se manifiesta en la sociedad. Como después se argumentará, es cierto que debe evitarse cualquier asomo de proselitismo en la escuela pública pero no estamos de acuerdo en que el hecho religioso deba adquirir tintes dramáticos ante la comunidad educativa a través de prohibiciones generales. Algunos motivos deberían ser tenidos en cuenta:

- Prohibir con carácter general los SDAR supone hurtar un importante elemento de visibilización de la diversidad social, "preservando" a la infancia y juventud de una variable (la pluralidad de conciencias) que posteriormente debería ser algo habitual y necesario en su vida como adultos.
- La prohibición traslada el mensaje de un Estado que juzga la legitimidad de las creencias de su ciudadanía, aplicando un criterio de igualdad formal que no aporta valor al hecho de que haya individuos o colectivos que ostentan cosmovisiones diferentes a las del resto.
- El mero empleo de un signo de adscripción religiosa no presupone una voluntad proselitista por parte de quien lo lleva. En una sociedad democrática, a lo largo del día, nos vemos confrontados numerosas veces con ideas políticas, filosóficas, económicas o religiosas que no compartimos, pero cuya circulación forma parte de la normal evolución de una esfera pública sana y plural. Evidentemente, individuos que aún no han alcanzado la plena madurez afectiva e intelectual pueden carecer de las herramientas críticas para afrontar este escenario de manera conveniente. Sin embargo, la solución no pasa por aislar a nuestros menores sino por enseñarles a comprender cuál es la materia prima de la que se compone la

[317] Fraile Ortíz, María; "Detrás del velo. Algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo" en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 24, 2005, pp. 203-229, tiene en cuenta en su análisis tanto la perspectiva de defensa de la igualdad de género, así como la perspectiva de defensa de la libertad religiosa. Finalmente, desde un punto de vista pragmático, apuesta por una solución que concilie los intereses en conflicto antes que por la prohibición general de su uso.

> sociedad en la que van a trabajar y a vivir, a través de la misma convivencia en el aula.

Hay que tener en cuenta que la escolarización de menores es una obligación establecida por ley y si en los centros públicos prima una concepción de laicidad que conduce a la prohibición de manifestaciones religiosas en forma de signos o vestimenta, correríamos el peligro de que nuestras instituciones, como ha defendido Malcolm Evans, participasen de los mecanismos de promoción de "*la intolerancia hacia la diversidad religiosa y se impida el progreso del pluralismo*"[318]. De ahí que este autor reclame un adecuado escrutinio del margen estatal de discrecionalidad para que los valores del CEDH encuentren reflejo en los sistemas normativos de los Estados miembro en esta materia.

En el capítulo 1 se expuso que los menores de edad son titulares del derecho de libertad religiosa, y así se prevé como derecho básico del alumnado en el artículo 6.3 e) de la LODE "*a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución*". Coincidimos con Aláez Corral[319] en que la manifestación de la libertad religiosa del alumnado en el ámbito de la escuela pública debe estar sometida a las limitaciones, propias del orden público, que figuran en su formulación constitucional. En este caso, por orden público podríamos entender el derecho a la educación del resto del alumnado (que el empleo de SDAR no obstaculice la prestación formal o material de la actividad docente) o la propia libertad religiosa de terceros (el empleo de signos religiosos de manera torticera, de tal forma que supusiese un elemento de dominación o con efectivo ánimo proselitista y no una mera suposición)[320]. No estimamos que el derecho de padres y madres a escoger la educación que deseen para sus hijos se vea interferida por el alumnado en este ámbito. Se podría plantear, no obstante, si el empleo de SDAR por parte del profesorado podría estar en disposición de provocar esa interferencia.

Quienes ejercen esta función dentro de los centros docentes públicos deben tener presente que, al igual que cualquier otra persona en el entorno laboral, el ejercicio y disfrute de sus derechos fundamentales no se ve interrumpido, aunque sí puede verse condicionado por

[318] Evans, Malcolm; *op. cit*. p. 142.
[319] Aláez Corral, Benito; op. cit. p. 120.
[320] Cañamares Arribas, Santiago; Libertad religiosa…op. cit., p. 49-50

las obligaciones derivadas de su desempeño profesional, más aún en su caso por su condición de servidores públicos. En este sentido resulta evidente que cualquier vocación proselitista en el uso de SDAR es profundamente contraria al rol que desempeñan. Así lo definió explícitamente el TC aunque, posiblemente porque el fallo se dictó en 1981, no abundó en su definición sobre lo que constituyen actos proselitistas: "*La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos (…) impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita*"[321]. Queda la duda tras la lectura del párrafo de si el empleo de SDAR puede definirse, en sí mismo como una actividad proselitista.

El TEDH, en el caso *Dahlab c. Suiza* se encontró en la disyuntiva de definir si el desempeño de las labores docentes con un *hiyab* en la cabeza contradecía, por su eventual carácter adoctrinador, el principio de neutralidad del Estado: "*The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.*"[322] El esfuerzo que el TEDH hace para encontrar una respuesta a este dilema pasa por adjudicar un significado de manera unilateral a la prenda en cuestión, juzgar de paso la legitimidad de las creencias de un sector de la población, y concluir que la influencia perniciosa de la forma de vestir de la demandante sobre el alumnado

[321] STC 5/1981, *op. cit.* FJ 9

[322] Dahlab c. Suiza, *op. cit.*

legitimaba la interferencia que las autoridades suizas ejercieron sobre la libertad religiosa de la profesora.

La protección del pluralismo cultural y religioso que consagra la CE impregna las diferentes actividades cotidianas del ser humano. Resulta natural que la composición del funcionariado público ofrezca un reflejo de esa misma diversidad. La neutralidad del Estado (entendida de la manera que hemos defendido en este texto) se verá comprometida por las acciones que las personas pongan en práctica, pero no porque de manera natural (esto es, sincera y coherente) la pluralidad social asome en la composición de los servidores públicos. La protección de la libertad negativa del alumnado no supone preservarlo de la diversidad cultural que, posteriormente, va a encontrar en la sociedad, sino garantizar que la función educativa impartida por el Estado lo sea sin alinearse con opción alguna ni ejercer interferencias o intentos adoctrinadores. La comunidad educativa no es un ámbito cerrado y ajeno a las interacciones sociales. Hay que recordar que el artículo 6.4 f) LODE impone al alumnado la obligación de *"respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa."* El tenor de este texto nos indica que la ley está previendo una comunidad educativa naturalmente plural y cuyas convicciones sean perceptibles, de manera que debe darse un respeto por esa realidad.

De la misma forma, el artículo 4.1 c) otorga a los padres el derecho a que sus hijos *"reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".* Un Estado que eventualmente pretendiese adoctrinar al alumnado en una determinada confesión religiosa encontraría oposición con base en este precepto, entre otros. Por supuesto que este derecho de los progenitores no es ilimitado, sino que, al igual que otros, debe ser puesto en relación con los derechos de terceros que también son miembros de la comunidad educativa. En este sentido, ni el derecho de los padres en sí mismo serviría para limitar la manifestación de la libertad religiosa de los docentes, ni éste último podría, en ningún caso, atentar contra el primero. El espacio de fricción en el que ambos derechos podrían colisionar estaría conformado por la eventual pretensión adoctrinadora que hubiese detrás de la manifestación religiosa de los docentes. Pero, al igual que en el caso de la libertad negativa del alumnado, este daño debe ser real y demostrable y nunca presunto o potencial.

Consecuentemente podemos colegir que el empleo de signos de adscripción religiosa por parte de los docentes en centros públicos encuentra su límite en los derechos y libertades de los demás, que se materializan en que de ninguna manera su empleo puede interferir en el desempeño de la función educativa que se lleva a cabo en esas instalaciones y en que la neutralidad del Estado no se puede ver comprometida por un uso proselitista de las prendas o símbolos en cuestión, más allá del cumplimiento del precepto religioso que la persona interesada trata de acometer. El empleo de signos o vestimentas que cubran el rostro de la persona que imparte la clase podría considerarse como un impedimento a la función educativa propia del cargo ya que la interacción entre alumnado y profesorado resulta de gran importancia en la transmisión de conocimientos, así como en la función educativa que ostentan tutores y profesores.

Consideraciones parecidas a las dadas en el caso del profesorado pueden valer para el caso de las personas empleadas en centros docentes, pero no en labores pedagógicas sino en funciones directivas, administrativas o de intendencia. Si hemos de basarnos en el valor proselitista otorgado *per se* a ciertas prendas o símbolos, podríamos llegar a la conclusión de que su misma exhibición (a la vista del alumnado, en las instalaciones escolares, por personas que las frecuentan continuamente en el ejercicio de sus labores) ejercería sobre los menores similares efectos perniciosos que los explicados en el caso de la profesora suiza (intolerancia, incompatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación…). Es cierto que la pertinencia de utilización de SDAR viene condicionada por el ámbito escolar público en el que se pretenden ostentar. Ahora bien, como ha quedado dicho, nos decantamos también en este caso por un examen de la necesidad de la medida que pondere los bienes jurídicos en juego en atención al uso y al efecto que ese signo tiene tanto en el desempeño material de las funciones formativas que en el centro docente se llevan a cabo, así como en los derechos del resto de miembros de la comunidad escolar.

4.1.3.- Un espacio mixto: los centros docentes concertados.

Los centros docentes privados concertados tienen una naturaleza mixta, en la medida en que por su titularidad privada poseen un ideario propio, aunque la firma de un concierto con la administración pública implica la asunción de una serie de obligaciones. El hecho de que entre ellas figure la de la admisión de alumnos en caso de falta de plazas en centros

públicos, empleando los mismos criterios que éstos[323], hace que surja la duda en torno a la manera en que se debe conciliar el respeto al carácter propio con el principio de laicidad y de preservación de la pluralidad al cual también deben someterse. Por ello, junto a las consideraciones realizadas a propósito de los centros privados (libertad de creación de centros docentes y libertad de los padres de elegir la educación que deben recibir sus hijos) también ha de tenerse en cuenta que, por el carácter concertado del centro, puede llegar alumnado[324] o profesorado[325] cuyas convicciones no sean concordantes con las que sostiene el ideario del centro.

De ahí que el artículo 52.2 LODE exija que la enseñanza deba ser impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia. Este mandato debe conciliarse con la observancia al ideario del centro, de manera que, junto con la consideración a los derechos y libertades de terceros, el alumnado deberá cuidarse, al emplear SDAR, de no estar atacando el carácter propio del establecimiento. Se entenderá que la simple discrepancia con el mismo puede estar protegida por la libertad de conciencia, pero no una apología contraria a las ideas escolares.

De la misma manera, el profesorado de un centro concertado que no comparta las ideas del mismo, no debería tener problemas en llevar vestimentas o signos de adscripción religiosa siempre que sean compatibles con el desempeño de sus funciones pedagógicas, no vulneren derechos de terceras personas de la comunidad escolar, ni se empleen para arremeter contra el ideario del centro. Una vez más, la simple exteriorización del credo a través de un signo o vestimenta sin que se dé ninguno de los supuestos anteriores no parece razón por sí misma para dar por concluida la relación laboral. De hecho, el artículo 62.2 LODE contempla como motivos graves de incumplimiento del concierto por parte del centro docente tanto la infracción de los procedimientos de selección y despido del profesorado como la vulneración, reconocida en sentencia judicial, del artículo 16 CE.

Consecuentemente, se puede afirmar que, aunque el ejercicio de la libertad religiosa queda modulado en los centros docentes en función de su titularidad y en función de la persona que quiera ejercerlo, lo cierto es que la pertenencia a la comunidad escolar (como

[323] Artículo 84 LOE

[324] El artículo 84.3 prohíbe la discriminación en la escolarización en centros públicos y privados concertados.

[325] El artículo 60 LODE establece que las vacantes en los centros concertados se publicitarán y serán cubiertas de acuerdo a los criterios del titular que siempre atenderán a los principios de mérito y capacidad.

discente o a consecuencia de una relación laboral) no supone una suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales.

4.2.- La jurisprudencia sobre los SDAR en los centros docentes en España.

Periódicamente surge el debate sobre los menores que desean asistir a las clases en sus centros docentes portando signos o vestimentas religiosas. Al menos en España, los casos más comentados se refieren a prendas propias de la fe islámica y que son portadas por mujeres. A pesar de la alarma social que despiertan estos casos, representan un número mínimo en comparación con el cómputo total de jóvenes que acuden a sus centros escolares sin que hasta la fecha haya surgido polémica alguna. En cualquier caso, la controversia está ahí y conviene reflexionar sobre ella.

Hasta el momento el único caso que ha llegado a los tribunales es el de la joven Najwa Malha, al que nos referiremos en breve. Previamente recordaremos los de dos alumnas que, aunque no alcanzaron la vía judicial sí que fueron muy comentados. Durante el curso 2001-2002 la familia de Fátima, una joven musulmana que vestía el *hiyab* solicitó su ingreso en una escuela pública de San Lorenzo de El Escorial. Su solicitud no pudo ser admitida por falta de plazas y se le reservó matrícula en un centro privado católico concertado. La prenda religiosa de la alumna fue considerada contraria al ideario de la institución y a las normas de régimen interno, que exigían un uniforme determinado. Ante la ausencia de acuerdo entre las partes, el Departamento de educación de la Comunidad de Madrid decidió escolarizar a la menor en una escuela pública. Tampoco así terminó la polémica ya que la dirección del nuevo centro estimó que no podía dejar acceder a la alumna con el pañuelo en la cabeza[326]. La controversia quedó zanjada cuando, de nuevo, la consejería tomo la iniciativa de aceptar la escolarización de la joven sin condicionamientos[327]. Según se informaba en los medios de comunicación, las instituciones públicas madrileñas entendieron que, en este particular, debía primar la escolarización de la menor por encima de otras consideraciones y aprovechaba para recordar a la dirección del centro público que jóvenes con *hiyab* acudían a diferentes escuelas de titularidad pública en Madrid sin que hubiera trascendido problema alguno.

[326] Sánchez, Esther y López, Ana; "La niña marroquí de El Escorial podrá ir a un colegio público, pero sin pañuelo", en *El País*, 16 de febrero de 2002, disponible en **http://elpais.com/diario/2002/02/16/sociedad/1013814002_850215.html**

[327] Peregil, Francisco y López, Ana; "La Comunidad de Madrid obligará a escolarizar a la niña a pesar del pañuelo" en *El País*, 17 de febrero de 2002, disponible en **http://elpais.com/diario/2002/02/17/espana/1013900404_850215.html**

Precisamente dos cursos académicos después, en noviembre de 2003, se informaba de que la joven Fátima continuaba escolarizada en el mismo centro público y que otras cuatro alumnas habían ingresado igualmente vistiendo el *hiyab*[328].

Nueve años después del caso de Fátima se tuvo conocimiento del de Chadia, una joven de 15 años natural de Melilla, que abandonó el instituto Rusadir en el que estudiaba ya que no se le permitía asistir vestida con *burka*. La interesada ofreció una muy comentada entrevista en la que explicaba sus motivos[329]. Poco después se supo que la fiscalía de menores de Melilla inició un expediente contra los padres de la menor por su no escolarización[330]. Según se informó, el 30% de las alumnas del instituto de Rusadir vestían *hiyab*. La única que planteaba la necesidad de llevar *burka* era Chadia, que a punto de cumplir los 16 años estaba a punto de traspasar el umbral de la escolarización obligatoria. Tras dejar las clases no consta que la joven continuase con sus estudios.

Se han referenciado estos dos casos para apreciar el contexto, las percepciones y la casuística a lo largo del tiempo. Entre una noticia y la otra, surgió el asunto que afectó a la alumna Najwa Malha, una muchacha de 16 años que en el curso 2009-2010 decidió ponerse el *hiyab* y acudir a clase con él. El reglamento de régimen interior del instituto Camilo José Cela de Pozuelo de Alarcón prohibía en su artículo 32 el empleo en clase por parte del alumnado de gorras u otras prendas que cubriesen la cabeza. Ante la negativa de Najwa a desprenderse del *hiyab*, fue sancionada por el centro[331]. Contra estas sanciones se presentó recurso de alzada ante la Viceconsejería de educación de la Comunidad de Madrid, que finalmente fue rechazado. El objeto del pleito es el análisis del recurso contencioso-administrativo presentado por la familia Malha contra la resolución de la viceconsejería.

El caso ha dado lugar a dos sentencias, la 35/2012 del juzgado contencioso-administrativo nº 32 de Madrid, en la que se desestimaba la demanda interpuesta por el padre de la menor,

---

328 Sánchez, Esther; "Cinco niñas llevan ya 'hiyab' en un instituto de San Lorenzo" en *El País*, 10 de noviembre de 2003, disponible en **http://elpais.com/diario/2003/11/10/madrid/1068467054_850215.html**

329 Irujo, José María; "Sin burka no quiero vivir" en *El País*, 10 de julio de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/07/10/domingo/1310269953_850215.html

330 Irujo, José María; "Expedientados los padres de la niña del 'burka' por abandono escolar" en *El País*, 27 de noviembre de 2011, disponible en **http://elpais.com/diario/2011/11/27/sociedad/1322348410_850215.html**

331 La Comunidad de Madrid ofreció a Najwa la posibilidad de ser trasladada a otro centro, el Instituto San Juan de la Cruz, el cual cambió su normativa interna a propósito prohibiendo asistir a clase con la cabeza cubierta para evitar la llegada de esta alumna. Finalmente se escogió un tercer lugar, el Instituto Gerardo Diego, cuya normativa interna aceptaba la prenda del *hiyab*.

y la sentencia 129/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Esta última se resolvió inadmitiendo el recurso de apelación de la familia Malha ya que la cuantía de las sanciones resultaba insuficiente para presentar tal recurso[332]. De esta forma el tribunal no entró a valorar el fondo del asunto. El falló mereció un voto particular discrepante de la magistrada Rosas Carrión que muy adecuadamente apela a la diferencia entre acto administrativo impugnado y pretensión procesal. La demandante solicitaba la anulación de la sanción de apercibimiento que se le había impuesto por haber vulnerado el derecho a su libertad religiosa, y esto último ni es un asunto menor ni es evaluable económicamente. Por este motivo, aunque, efectivamente, la sanción impugnada es formalmente menor, no lo es cualitativamente el reproche que se le ha impuesto a la demandante, y la carga que con ello debe soportar. Desgraciadamente, lo que implica la postura de la mayoría del tribunal es que se equipara, a efectos académicos, la vestimenta del *hiyab* con la de cualquier otro atuendo (tipo gorra o similar) con el que el alumnado puede cubrirse la cabeza en el centro docente, que es la conducta que la normativa vigente pretendía evitar.

Esa es también la orientación de la primera de las sentencias que, por entrar en el fondo del asunto, merece un análisis mayor. Ciertamente el artículo 120.2 LOE otorga a los centros docentes la facultad de elaborar, aprobar y ejecutar sus normas de organización y funcionamiento. Con base en este precepto el instituto entendió que su acción sancionadora estaba ajustada a Derecho, punto de vista que avala el juez al aplicar el test del TEDH para entender que una intromisión en la libertad religiosa resulta legítima: estar prevista por la ley (en un sentido material, en este caso el reglamento del centro), ser necesaria en una sociedad democrática (con vistas a preservar el principio de laicidad en la escuela pública) y resultar proporcionada (para asegurar el correcto funcionamiento del instituto). Para sostener su razonamiento, se citan las sentencias de *Dogru* y *Kervanci* contra Francia. Estamos de acuerdo con Elósegui Itxaso[333] en que la cita a la jurisprudencia del TEDH, en este caso, no resulta procedente. Hay que tener en cuenta que el Tribunal de Estrasburgo apeló en ambas decisiones al margen de discrecionalidad estatal (como anteriormente hizo en los casos que implicaban a Turquía y a Suiza) por

[332] La inadmisión se basó en el artículo 81.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, en la que se indica que no serán susceptibles de recurso de apelación las sentencias de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo que se hubieran dictado en autos cuya cuantía no exceda de los 30.000 €.

[333] Elósegui Itxaso, María; *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, op. cit., pp. 316-319.

entender que es facultad de los Estados miembro desarrollar el principio de laicidad en el seno de sus sistemas constitucionales. La remisión a la apreciación estatal tiene sentido teniendo en cuenta que la labor del Tribunal para establecer un parámetro de control en el seno de los países firmantes del CEDH resulta delicada en la medida en que los diferentes ordenamientos nacionales ofrecen distintos enfoques y regulaciones ante la materia objeto de litigio. De ahí que en ocasiones sea necesario atender a las peculiaridades nacionales.

> *The Court also notes that in France, as in Turkey or Switzerland, secularism is a constitutional principle, and a founding principle of the Republic, to which the entire population adheres and the protection of which appears to be of prime importance, in particular in schools. The Court reiterates that an attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention (…) Having regard to the margin of appreciation which must be left to the member States with regard to the establishment of the delicate relations between the Churches and the State, religious freedom thus recognised and restricted by the requirements of secularism appears legitimate in the light of the values underpinning the Convention*[334].

En el capítulo 1 se argumentó que la jurisprudencia del TEDH tiene un valor interpretativo para los Estados firmantes del Convenio. Lo que dice el tribunal en los casos de *Dogru* y *Kervanci* es que la solución francesa es conforme al CEDH, pero, como apunta Naranjo de la Cruz[335] al analizar el valor interpretativo de las sentencias del TEDH, eso no implica que sea la única solución posible y que sus conclusiones sean directamente aplicables en el caso español. Como se ha tenido ocasión de explicar, la articulación del principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas viene inspirada por un peculiar mandato de aconfesionalidad y de cooperación que no encuentra reflejo en las legislaciones de los países mencionados más arriba. La formulación concreta del principio de laicidad y de los elementos que la componen es fruto, en cada país, de las diferentes tradiciones históricas, jurídicas o políticas, así como de los consensos y negociaciones que se han ido alcanzando[336].

---

[334] *Dogru c. Francia*, op. cit. §72.

[335] Naranjo de la Cruz, Rafael; "Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)" *op. cit.*

[336] El valor del principio de laicidad, de la manera en que ha sido configurado por la jurisprudencia del TC, como limitación al empleo del *hiyab* en los centros escolares es tratado también por Naranjo de la Cruz,

No hay que perder de vista que el artículo 53 CEDH establece que la protección que el Convenio ofrece es un "suelo mínimo", sin perjuicio de la existencia de estándares mayores en la legislación de cada Estado miembro. Por ello la mención de casos como los de *Dogru* y *Kervanci*, en los que, a través de la figura del margen de apreciación estatal, se resuelve el litigio de acuerdo a la peculiar orientación constitucional del país en torno al principio de laicidad, resulta inapropiada si tenemos en cuenta que ese mismo principio constitucional tiene en la legislación española un encaje diferente.

Por lo que respecta a su razonamiento jurídico, el fallo comparte ciertas características con las sentencias del TEDH que menciona, y que analizaremos a continuación. Por un lado, realiza ciertas asunciones sin que consten haber sido acreditados datos o pruebas (algunas de esas identificaciones pueden considerarse valorativas de la legitimidad de las creencias de la parte demandante). Por otro lado, apela a principios abstractos en lugar de ponderar las circunstancias concretas que concurren en el caso y como consecuencia termina haciendo una aplicación preventiva del orden público para justificar la legitimidad de la interferencia realizada en la libertad religiosa de la demandante.

Es cierto que el artículo 32 de la normativa del centro docente persigue un fin legítimo y está promulgado en ejercicio de las competencias que corresponden al instituto. La prohibición de gorras u otros elementos para cubrir la cabeza está motivada por razones de higiene, disciplina y atención entre el alumnado, así como para evitar que auriculares y demás elementos de ocio puedan esconderse de la vista del profesorado. Pero el fallo no atiende al efecto pernicioso que esa normativa tiene sobre las personas que se ven obligadas por los requerimientos de su fe a llevar una prenda que cubre su cabeza. No tener en cuenta este hecho, derivado de la conciencia de los individuos, provoca rebajar el grado de significación de la vestimenta, de manera que se equipara a una simple gorra. Así se aplica una concepción formal de la igualdad de trato, de manera que un ámbito tan relevante de la libertad religiosa como es la manifestación de la fe, queda limitado por un simple reglamento de régimen interno; una norma administrativa que no ha previsto la eventual diversidad religiosa del alumnado pero que ejerce sobre la misma un efecto limitador.

Rafael; "La prohibición del uso del *hiyab* en los centros escolares públicos. Análisis desde el Derecho Constitucional español" en *Teoría y Derecho*, nº 9, 2011, pp. 282-300.

En cuanto a las causas legítimas de interferencia con la libertad religiosa, el concepto de orden público, como ya se ha dicho, es una referencia común tanto en el ordenamiento español como en el CEDH. Lamentablemente, en el fallo no se especifica de qué manera en este caso concreto el empleo del *hiyab* por parte de Najwa puede contradecir el orden público o los elementos constitutivos del mismo (principalmente los derechos y libertades de terceros o también la salud, la moralidad o la seguridad). En su lugar se asume que la mera exhibición del *hiyab* supone una ruptura del principio de laicidad pues, aunque no se explica cómo, atenta contra la aconfesionalidad del Estado y contra la libertad negativa de terceros. Llevar el razonamiento al examen de un concepto general y abstracto como el de laicidad en lugar de a las circunstancias concretas que concurren en el caso hace que el juez se ponga, como bien apunta Pierre Bosset, en el papel de un filósofo político para resolver el litigio en el plano de unos derechos que parecen teóricos más que en la garantía de la aplicación práctica y efectiva de esos mismos derechos, cuya limitación debe producirse con base en hechos ciertos y no en meras amenazas[337].

Tras estimar que la limitación está prevista por la ley y que responde a un fin legítimo la sentencia no entra a valorar la proporcionalidad de esa limitación. Es decir, asume que el reproche que merece alguien que contradice la normativa del centro por llevar una gorra por razones estéticas o porque desea mostrar su preferencia por un equipo deportivo o su admiración por una película, es el mismo que debe soportar quien se enfrenta a un dilema personal consistente en cumplir lo establecido por la norma contradiciendo lo dictado por su conciencia o mantenerse fiel a los dictados de su fe infringiendo así la reglamentación escolar. La aplicación del propuesto esquema tripartito para evaluar la proporcionalidad de la limitación podría habernos planteado la posible existencia de alternativas menos gravosas a través de la ponderación entre la vulneración del fuero externo de la libertad religiosa y las consecuencias que de ella se desprenden. En cualquier caso, la atribución unilateral de significado a la prenda en cuestión por parte de la sentencia no le deja otra opción más que la de la remoción de la causa que provoca tan honda perturbación en el interés público.

En este sentido la mención al caso *Dahlab c. Suiza* resulta poco justificada, además de por las razones ya esgrimidas, porque la demandante era una profesora y no una alumna.

[337] Bosset, Pierre; "Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey" en Brems, E. (Ed.) *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 192-217.

Además, tristemente, se reproduce la afirmación que se contiene en ese fallo en torno al *hiyab* como "*un símbolo religioso fuerte, capaz de ejercer un efecto proselitista impropio y como elemento difícil de conciliar con el principio de igualdad de género*". Profundizaremos en ello cuando hablemos de la sentencia en cuestión, pero conviene señalar que las dos características que se atribuyen a la prenda religiosa (su valor proselitista y su carácter contrario a la igualdad de género) lo son con independencia de las circunstancias concretas que concurren en los hechos probados en el mismo fallo. Al igual que en el caso de la profesora suiza, tampoco hay constancia de que durante el tiempo que Nawja acudió a clase ataviada con el *hiyab* ejerciese de manera proactiva una labor propagandística sobre el alumnado, ni que éste último mostrase quejas o evidencias de adoctrinamiento. Tampoco consta que la demandante haya sufrido coacción, amenazas o imposiciones por parte de su entorno. Si hay que creer al padre de Nawja, en una entrevista que ofreció los días en que el caso de su hija era noticia en los medios de comunicación, la familia aconsejó a la menor una postura más prudente en lo referente a la vestimenta religiosa, mientras que fue la misma Nawja quien entendió que había llegado el momento de comprometerse con esta práctica[338]. Por desgracia se dan por ciertas determinadas asociaciones de ideas, que se estiman como contrarias a principios constitucionales de formulación abstracta (laicidad, tolerancia, igualdad…) mientras que se presta poca atención a los hechos que concurren en el caso produciéndose en consecuencia una aplicación preventiva del orden público.

4.3.- La visión del TEDH y el empleo del margen de apreciación estatal.

El TEDH ha tenido que enfrentarse a demandas de miembros de la comunidad educativa que solicitaban portar signos de adscripción religiosa dentro de las instalaciones docentes. La mayoría de los casos han tenido que ver con peticiones del alumnado. Las demandas de *Karaduman* y *Bulut* fueron presentadas contra Turquía por alumnas que entregaron fotografías ataviadas con *hiyab* para que, terminados sus estudios, fueran adjuntadas al diploma universitario. Su petición se resolvió con un auto de inadmisibilidad. El caso de *Leyla Şahin*, una alumna expulsada de la facultad de medicina de la Universidad de

[338] Cembrero, Ignacio; "Najwa fuera de clase en Pozuelo por cubrirse la cabeza con hijab" en *El País*, 16 de abril de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/04/16/sociedad/1271368803_850215.html
En esta noticia se citan los testimonios del padre y de la hija: *"Le pedí a mi hija que aplazase su decisión de ponerse el hiyab porque sospechaba que podría acarrear problemas", indica este celador de una clínica madrileña. "Yo quise dar el paso porque quería dejar claro que me gusta mi religión", asegura Najwa.*

Estambul, sí que mereció una sentencia que entrase al fondo del asunto. Con posterioridad a este muy comentado fallo, el tribunal ha conocido del caso de las alumnas de centros Imam-Hatip en Turquía (establecimientos religiosos de educación secundaria sufragados por el Estado) a quienes a partir de 2002 se les denegó la entrada en los mismos vistiendo *hiyab* en *Köse y otros c. Turquía*[339].

En relación con Francia, los citados casos de *Dogru* y *Kervanci* dieron lugar a sendas sentencias cuyas demandas contemplaban hechos anteriores a la entrada en vigor de la ley de 2004-228[340]. Con posterioridad a la aprobación de este texto, el tribunal ha declarado inadmisibles los casos de cuatro alumnas musulmanas (casos *Aktas*, *Bayrak*, *Gammaleddyn* y *Ghazal*) así como de dos alumnos sij (*Jasvir Singh* y *Ranjit Singh*)[341]. Los casos referentes a profesorado han sido dos y ninguno ha sido merecedor de una sentencia: *Dahlab c. Suiza* y *Kurtulmus c. Turquía*[342].

Ya ha quedado dicho que en los primeros casos de *Karaduman* y *Bulut* la antigua Comisión manejó un concepto muy estrecho de "práctica" religiosa. Empezó recordando que el artículo 9 CEDH no ofrece cobertura para cualquier acto inspirado o motivado por una religión y a continuación estimó que el hecho de que las normativas internas de las universidades públicas comprometidas con un ideario laico regulasen la forma de vestir del alumnado y, en consecuencia, se negasen a ofrecer contrapartidas administrativas si esos requisitos no se cumplían, no constituía una interferencia con la libertad religiosa de las demandantes. En todo el fallo hay una preocupación, que se repetirá en posteriores sentencias, por preservar la libertad negativa de terceros (*freedom from religión*) más que en discernir acerca de la libertad positiva (*freedom of religión*).

De cualquier manera, nuestro análisis en lo relativo al alumnado se centrará en los casos de *Şahin*, *Dogru*, *Kervanci* (que merecieron una sentencia que entrase en el fondo del asunto) así como en los dos casos de alumnos de religión sij. Seguiremos, en nuestro

339 STEDH, caso *Köse c. Turquía*, op. cit.

340 Un análisis de los fundamentos del tribunal en el caso Kervanci desde la óptica de la aplicación legítima del principio de laicidad se puede encontrar en Labaca Zabala, María Lourdes; "El velo islámico en los centros educativos públicos de Francia: a propósito de la STEDH (caso Kervanci contra Francia) de 4 de diciembre de 2008" en *Ámbito jurídico*, vol. 14, 2009, pp. 1-31.

341 TEDH Autos de inadmisibilidad, *Aktas c. Francia*, ap. nº 43563/08; *Bayrak c. Francia*, ap. nº 14308/08; *Gammaleddyn c. Francia*, ap. nº 18527/08; *Ghazal c. Francia*, ap. nº 29134/08; *Jasvir Singh c. Francia*, ap. nº 25463/08; *Ranjit Singh c. Francia*, ap. nº 27561/08, todos ellos de de 30 de junio de 2009,

342 *Dahlab c. Suiza*, op. cit.; *Kurtulmus c. Turquía*, op. cit.

análisis, los pasos empleados por el TEDH para dirimir las cuestiones relativas a la libertad religiosa. En primer lugar, el tribunal debe estimar si, de acuerdo a los hechos, se ha producido una interferencia en la libertad religiosa de la parte demandante. Si esto es así, en segundo lugar, debe determinarse si esa interferencia ha sido prevista por la ley y en tercer lugar si la interferencia resultaba necesaria en una sociedad democrática. En éste último examen se debe fiscalizar que la limitación respondía a un fin legítimo, de los previstos en el artículo 9.2 CEDH y que ha habido una proporcionalidad entre los medios empleados y el fin alcanzado.

Ya se ha explicado cómo desde los primeros casos que se referían al empleo de SDAR el Tribunal de Estrasburgo ha ido ampliando su noción de manifestación religiosa para ensanchar los márgenes establecidos en *Arrowsmith* y, a partir de *Şahin*, ir apostando por la subjetividad de las creencias sin que haya que demostrar que esa práctica se lleva a cabo para cumplimentar una obligación religiosa concreta. El tribunal no ha tenido problemas, en los casos que nos ocupan, en aceptar que las prohibiciones de llevar signos de adscripción religiosa provocan una interferencia con la libertad religiosa.

El requisito que hace referencia a que la prohibición debe estar prevista por la ley debe interpretarse, de acuerdo a un concepto material y no meramente formal de legislación. Igualmente, la norma debe tener encaje en el ordenamiento nacional y cumplir los requisitos de previsibilidad y accesibilidad. La legitimidad de la interferencia en la libertad religiosa viene determinada por las causas tipificadas en el artículo 9.2 CEDH: la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. En los casos estudiados se estima que es la protección de los derechos de terceros, así como el orden público lo que está en juego.

Finalmente llegamos al criterio que exige que la prohibición se estime necesaria en una sociedad democrática. Ya se ha expuesto que en base a esta fórmula vaga le corresponde al tribunal decidir si las medidas tomadas a nivel nacional lo han sido de manera justificada y proporcionada, es decir si ha habido una correspondencia entre las medidas adoptadas y la protección del fin legítimo que se ha debido preservar. El CEDH supone un umbral mínimo de reconocimiento de los derechos en él consignados. Los Estados firmantes pueden desarrollar, en diferentes grados, el reconocimiento y ejercicio de esos derechos. Por tanto, no se exige que en cada país se alcance el máximo nivel de desarrollo.

Como se ha expuesto en el capítulo 1, los derechos fundamentales no son absolutos y pueden ser objeto de limitaciones cuando concurre alguna de las causas legítimas previstas en la ley. Debido a que el TEDH ejerce su labor supervisora frente a una gran variedad de ordenamientos jurídicos que parten, como es el caso del ámbito que nos ocupa, de diferentes concepciones acerca de la presencia que el fenómeno religioso debe tener en el espacio público, se entiende que en esa labor de limitación cada Estado firmante goza de un cierto *margen de discrecionalidad estatal*, tanto por atender a lo específico de cada país como por encontrarse, en principio, las autoridades nacionales en mejor disposición (por la cercanía con las particularidades del caso en cuestión) de valorar ciertos aspectos de la controversia, que un tribunal que razona desde una sala de un palacio en Estrasburgo. En consecuencia, la labor de determinación de un estándar europeo mínimo para la protección de los derechos fundamentales se ve complicada por la pluralidad de soluciones y enfoques legislativos que los Estados miembros aplican sobre ciertas materias. En el caso *Şahin* se explicó de la siguiente manera:

> *It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (...), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (...). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (...). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context.*[343]

El análisis de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas resulta relevante al medir la legitimidad de la limitación de un derecho y ponderar los intereses en conflicto con base en los hechos que concurren. En este planteamiento, entender que las autoridades nacionales tienen un margen de conocimiento mayor que el que puedan tener los jueces no resulta descabellado. Sin embargo, como veremos, en la jurisprudencia relativa a esta materia el margen otorgado a los Estados es muy amplio y, en ocasiones, la propia labor supervisora del tribunal se ha visto diluida.

En los casos objeto de nuestro análisis el tribunal razona en torno a la naturaleza de la prohibición y la va a situar en la protección del principio constitucional de laicidad. Este concepto va a jugar un papel clave en el razonamiento del tribunal. La comprensión que

[343] *Şahin c. Turquía*, op. cit. §109.

de este principio tienen las legislaciones turca, francesa o suiza no es contraria a los valores que subyacen al CEDH. La manera en que se gestione la implantación del principio de laicidad en cada Estado y particularmente la preservación de la naturaleza laica de las instituciones educativas forma parte del margen de discrecionalidad de cada uno de ellos. De ahí se concluye que existe una mejor disposición de las autoridades nacionales para valorar la implantación de las medidas destinadas a tal fin. Entendiendo que la necesidad de la medida adoptada estaba fundamentada en la protección de un fin legítimo (el principio de laicidad en la escuela pública frente al cual las prendas religiosas vestidas por el alumnado son incompatibles por sí mismas), se alcanza la conclusión de que la medida tomada (expulsión del alumnado demandante del centro educativo) estaba justificada[344].

> *The Court next notes that it transpires from these various sources that the wearing of religious signs was not inherently incompatible with the principle of secularism in schools, but became so according to the conditions in which they were worn and the consequences that the wearing of a sign might have.*
>
> *In that connection the Court refers to its earlier judgments in which it held that it was for the national authorities, in the exercise of their margin of appreciation, to take great care to ensure that, in keeping with the principle of respect for pluralism and the freedom of others, the manifestation by pupils of their religious beliefs on school premises did not take on the nature of an ostentatious act that would constitute a source of pressure and exclusion (...) The Court also notes that in France, as in Turkey or Switzerland, secularism is a constitutional principle, and a founding principle of the Republic, to which the entire population adheres and the protection of which appears to be of prime importance, in particular in schools. (...) Having regard to the margin of appreciation which must be left to the member States with regard to the establishment of the delicate relations between the Churches and the State, religious freedom thus recognised and restricted by the requirements of secularism appears legitimate in the light of the values underpinning the Convention.*[345]
>
> *Dans la présente espèce, bien que l'ingérence litigieuse ne fût pas seulement limitée aux cours d'éducation physique mais à l'ensemble des cours, tel que le prévoit la nouvelle loi, la Cour ne voit aucun motif susceptible de la convaincre de s'éloigner de cette jurisprudence. Elle constate en effet que l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité (Dogru et*

[344] *Leyla Şahin c. Turquía*, op. cit. § 117-122; *Dogru c. Francia*, op. cit. §73-77; *Aktas c. Francia*, op. cit.
[345] *Dogru c. Francia*, op. cit. §70-72

> *Kervanci, précités, §§ 17 à 22) et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ainsi qu'à la jurisprudence en la matière rappelée ci-dessus.*[346]

Hay varios aspectos que deben ser tenidos en cuenta en los fallos comentados. En primer lugar, que el TEDH, por lo que parece de manera deliberada, se mueve en un terreno abstracto. Se echa de menos en los párrafos clave de su razonamiento referencias y datos sacados de los hechos que concurren concretamente en los casos que están juzgando. Hechos y datos que indiquen de qué manera los derechos y libertades de terceros o el propio orden público estaban siendo amenazados. En su lugar, la apelación al concepto de laicidad como bien jurídico a preservar con las prohibiciones lleva el debate a terrenos más abstractos (como bien apunta Pierre Bosset) y parece conducir el razonamiento a la inevitable conclusión de que cada Estado miembro entiende la laicidad a su manera. Parece difícil que el Tribunal de Estrasburgo vaya a llamar la atención de ningún Estado por su interpretación de este principio, más aún cuando la misma sentencia previamente ha reconocido que la expresión del fenómeno religioso tiene un significado diferente en cada país y que el contexto nacional es relevante al entender la forma y la extensión de las regulaciones nacionales.

Llama la atención cómo el principio de laicidad es empleado como un paraguas de justificación que es reconducido a las diferentes circunstancias propias de cada país e incluso adaptado a la posición de cada credo religioso (resulta evidente que la posición del islam en Turquía no es la misma que la que tiene ese mismo credo o el sijismo en Francia). En el caso de *Şahin* la prohibición de vestir una prenda religiosa estaría justificada por la necesaria tutela del principio de laicidad teniendo en cuenta que se define al *hiyab* como un "poderoso símbolo externo" que podría en peligro la dimensión negativa de la libertad religiosa. De esta forma la interferencia con la libertad religiosa se justificaría en la protección de los derechos y libertades de terceros. La identificación que hace el gobierno turco (y acepta el TEDH) del *hiyab* con la aparición de movimientos políticos extremistas justificaba, en orden a evitar su aparición, la restricción de su uso con base en el mantenimiento del orden público y la seguridad y a garantizar así la preservación del pluralismo en la universidad. Asimismo, la protección de la igualdad de género se erigía en otro factor de legitimación de la prohibición. Tales afirmaciones conllevaban la existencia de una necesidad social imperante "*Pressing social need*" que

[346] *Jasvir Singh c. Francia*, op. cit. p. 8

debía prevalecer sobre el derecho individual. Aunque las afirmaciones de atribución unilateral de significado no se han mantenido, el principio de laicidad y el respeto debido al peculiar proceso que en cada país lo ha configurado con características propias, ha permitido al tribunal apelar al margen de apreciación estatal para entender proporcionada la decisión de las autoridades nacionales[347].

Kristin Henrard[348] apunta acertadamente las contradicciones que conlleva el empleo de la doctrina del margen de apreciación tal y como lo hace el TEDH en esta materia. Por un lado, afecta a la necesaria función supervisora del Tribunal, aceptada por los Estados firmantes del Convenio. En este sentido la labor de supervisión debería ser la norma y no una excepción. Aunque también es cierto que es una labor subsidiaria, por ser los Estados los principales responsables de garantizar el respeto a los derechos fundamentales. Sin perder de vista que en muchas ocasiones las autoridades nacionales, por su mayor contacto con las causas que generan la controversia, también están en disposición de dejarse llevar por las emociones imperantes. Como forma de superar en la práctica esa tensión entre el margen de apreciación y la función supervisora del TEDH, la autora propone que, una vez determinados los hechos por las autoridades nacionales, le corresponda al Tribunal de Estrasburgo la evaluación de la adecuación del proceso de ponderación de los bienes jurídicos en juego que ha sido realizado por las instituciones de los Estados.

Por otro lado, una segunda tensión identificada por Henrard tiene lugar en la labor de estimación de si una medida limitadora ha llevado a interferir con un derecho fundamental o no. La diferente extensión reconocida, según los casos, al margen de apreciación actúa en contra de la fijación de estándares uniformes de respeto a los derechos fundamentales y de los necesarios criterios de certeza y predictibilidad.

Los autos de inadmisibilidad en los casos de Ranjit y Jasvir Singh entendieron que la salvaguarda del principio de laicidad justificaba la prohibición de los signos religiosos ostensibles en la escuela pública y resultaba acorde con los valores del convenio. Para

[347] Bleiberg, Benjamin D.; "Unveiling the real issue: Evaluating the European Court of Human Rights' decision to enforce the Turkish headscarf ban in Leyla Şahin v. Turkey" en *Cornell Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 129-169.

[348] Henrard, Kristin; "A critical appraisal of the margin of appreciation left to States pertaining to Church-State relations under the jurisprudence of the European Court of Human Rights" en Alidadi, K. et al. (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*. Farnham: Ashgate Publishing, 2012, pp. 62-67.

apoyar su razonamiento citaba los casos *Dogru* y *Kervanci*, previos a la entrada en vigor de la ley de 2004 y en las que se estimó que la insistencia de las alumnas en asistir a las clases de educación física vestidas con *hiyab* ponía en peligro la salud y la seguridad. Como acertadamente apuntó la juez Tulkens en su voto particular en el caso *Şahin*, efectivamente el principio de laicidad es esencial en un sistema democrático pero esta certeza no exime al tribunal de analizar la necesidad y la proporcionalidad de la prohibición, así como de la limitación al derecho fundamental que ello acarrea.[349]

Pero es en la evaluación de la proporcionalidad de la medida que se debe acometer dentro del test de necesidad donde se detectan importantes lagunas. Da la impresión de que el tribunal no otorga un peso constante al ejercicio de la libertad religiosa en sus razonamientos. Al igual que el fallo expuesto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el caso Malha en el que desestimaban la pretensión de la demandante por motivos procesales relativos a la valoración pecuniaria, el Tribunal de Estrasburgo igualmente encuentra dificultades para entender el impacto que tiene la prohibición impuesta en las personas que solicitan su amparo. En consecuencia, la corte no es capaz de articular un examen que valore la proporcionalidad de la medida ya que, una vez aseverada la legitimidad de la causa limitadora, ello es suficiente para desequilibrar la balanza sin evaluar ni la adecuación de la medida a los objetivos propuestos ni la existencia de alternativas menos gravosas, pero igualmente eficaces o, finalmente, la carga que debe soportar la parte perjudicada (proporcionalidad *stricto sensu*). Por ejemplo, sabemos que Leyla Şahin abandonó Turquía para seguir con sus estudios en Austria, que Dogru siguió con su educación por correspondencia, los jóvenes sijs Ranjit Singh y Jasvir Singh perdieron el curso escolar el año en que fueron excluidos, aunque lograron ser matriculados el curso siguiente en un liceo católico, a pesar de que en un principio fueron rechazados. Como se aprecia, ninguna de las personas afectadas cambió su percepción acerca del peso de la religión en sus vidas durante el proceso. El dilema que se les presentó entre renunciar a sus creencias para continuar asistiendo a las clases o bien dejar las clases para preservar sus convicciones se resolvió en éste último sentido. De hecho, todos ellos soportaron costes que la mayoría de las personas no desean para sí ni para sus hijos. Desde perder un año escolar y quedar "descolgado" del resto de chicos y chicas de su edad para empezar a estudiar en otro centro, a salir del entorno social de la escuela para continuar

[349] *Şahin c. Turquía*, op. cit. voto particular juez Tulkens § 5

la formación en la soledad del domicilio, pasando por retomar la carrera universitaria en otro país sin que esta elección figurase en el proyecto personal de la demandante.

La doctrina de la búsqueda de alternativas menos gravosas (*least restrictive means*) fue abordada por el Tribunal de Estrasburgo en el caso de *Glor c. Suiza*[350]. El demandante, Sven Glor, fue declarado exento de prestar el servicio militar obligatorio por padecer un tipo de diabetes. Posteriormente se presentó voluntario para ejercer un servicio de protección civil para el que finalmente nunca fue convocado. Según la legislación suiza, tales servicios están reservados para los objetores de conciencia. Durante el año 2001 el señor Glor fue requerido para que abonase la tasa legal estipulada como consecuencia de la exención del servicio militar. En los exámenes médicos a los que fue sometido se determinó que su enfermedad no le suponía un 40% de discapacidad, que es el umbral por encima del cual la legislación suiza exime de pagar la tasa. Ante la postura de las autoridades de reclamarle el pago del impuesto, el demandante alegó que estaba siendo objeto de discriminación (artículo 14 en conjunción con el artículo 8) ya que a pesar de su disposición de acudir al servicio militar o, en su defecto, a la prestación sustitutoria, el Estado le obligaba al pago de una cantidad que era justificada en la necesidad de mantener una igualdad de trato entre las personas que acudían a prestar el servicio militar y aquellas que quedaban exentas.

De este fallo debemos llamar la atención sobre el párrafo 94, en el que el tribunal valora los criterios por los cuales una medida puede ser considerada proporcional y necesaria en una sociedad democrática. Se debe excluir siempre la existencia de una medida menos gravosa que afecte al derecho fundamental en cuestión. Lo importante es que, tratándose de medidas que afectan a la operatividad de las fuerzas armadas, y consecuentemente, de la seguridad nacional de los Estados firmantes del Convenio, el tribunal entiende que este ámbito reúne también las condiciones para apreciar la existencia de un margen de discrecionalidad estatal. Pero esta circunstancia no exime a las autoridades de ponderar, en función de los hechos, que la enfermedad del demandante (que precisa inyectarse insulina cuatro veces al día) pueda hacerle susceptible de prestar formas particulares de servicio o bien de ingresar en las fuerzas armadas en actividades que no requieran

[350] STEDH, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009, ap. nº 13444/04.

ejercicio físico. En definitiva, la búsqueda de alternativas que tengan en cuenta el grado de capacidad y las competencias profesionales.

Como indica Elósegui Itxaso, hay varias circunstancias que en este caso el tribunal aprecia[351]. En primer lugar, tiene muy presente, al ponderar los derechos en juego en su pronunciamiento, los hechos que concurren (voluntad del demandante de cumplir el servicio militar, lo gravoso de la tasa que debe pagar o la inexistencia de alternativas en la legislación suiza). En segundo lugar, acepta estudiar el caso a la luz del artículo 14, que debe ser siempre invocado en conjunción con otro derecho fundamental reconocido en el convenio, cuya vulneración se alega. Como dejó claro el TEDH anteriormente[352], el artículo 14 no impide la diferencia de trato cuando se aprecien objetivamente circunstancias de hecho diferentes. En el caso *Glor* no apreció una justificación objetiva en la diferencia de trato que las autoridades suizas aplicaban entre las personas exentas tanto del servicio militar como de la tasa impositiva y aquéllas que estaban exentas del servicio militar pero no de pagar el impuesto de manera que estimó que esa distinción *"n'apparaît pas raisonnable eu égard aux principes qui prévalent dans les sociétés démocratiques".* En tercer lugar, como se ha comentado, se aplica el principio de proporcionalidad ponderando la existencia de medidas menos gravosas para el derecho afectado que permitiesen alcanzar el fin propuesto, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso.

Volviendo a los pronunciamientos objeto de nuestro análisis, se aprecia que el tribunal tuvo ocasión de ponderar la existencia de otras alternativas, pero una vez más se escudó tras la figura del margen de apreciación estatal que, en esta ocasión, es empleado como una forma de extraer de su ámbito de análisis la evaluación de las circunstancias del caso. Por ejemplo, en el caso de los dos estudiantes sij en Francia, no se entra a valorar el hecho de que vistiesen una prenda llamada "keski" para tapar su cabeza, de menor tamaño que el turbante, y que podría escapar de la calificación de ostensible.

> *Quant à la circonstance que le requérant ait substitué le « keski » au turban qui, selon lui, ne serait pas un signe ostensible ayant pour effet d'exercer une pression,*

[351] Elósegui Itxaso, María; *op. cit.* pp. 225-227.

[352] Por ejemplo, en STEDH caso *Zarb Adami c. Malta*, de 20 de junio de 2006, ap. nº 17209/02, § 73.

> *la Cour réitère qu'une telle appréciation relève pleinement de la marge d'appréciation de l'Etat.*[353]

Para apoyar su razonamiento el tribunal cita los casos de *Dogru* y *Kervanci*, en los que las alumnas igualmente ofrecieron asistir a las clases de educación física vestidas con un gorro que cubriese su cabeza, ejerciendo el mismo efecto que el *hiyab* aunque sin tener los elementos de fijación al pelo que, a juicio de las autoridades, escolares ponían en peligro la seguridad y la salud del resto del alumnado como eran las horquillas y los alfileres. Tampoco en estos casos el tribunal consideró que debía pronunciarse sobre el eventual acuerdo ni sobre la posibilidad de encontrar una forma menos gravosa para la libertad religiosa de manera que se conciliasen los bienes jurídicos en juego.

> *With regard to the applicant's proposal to replace the headscarf by a hat, apart from the fact that it is difficult for the Court to judge whether wearing a hat instead would be compatible with sports classes, the question whether the pupil expressed a willingness to compromise, as she maintains, or whether – on the contrary – she overstepped the limits of the right to express and manifest her religious beliefs on the school premises, as the Government maintain and appears to conflict with the principle of secularism, falls squarely within the margin of appreciation of the State*[354].

En relación con el papel del profesorado en centros docentes públicos, el TEDH se ha enfrentado a dos casos: *Dahlab c. Suiza* y *Kurtulmus c. Turquía*. Es de lamentar que, a pesar de la relevancia de la controversia planteada y a pesar de que ambas demandantes terminasen por perder su puesto de trabajo, el tribunal no considerase pertinente entrar a conocer el fondo del asunto y considerase suficiente emitir sendos autos de inadmisibilidad. La señora Dahlab impartía clases en un centro docente público de educación primaria del cantón de Ginebra desde septiembre de 1990. En 1991 se convierte al islam y desde entonces y hasta 1996 imparte clases ataviada con el *hiyab*. En junio de éste último año se le requiere quitarse la prenda por parte de las autoridades educativas por ser contraria a la ley sobre la instrucción pública. La profesora alegó que la prohibición vulneraba el artículo 9 CEDH.

Por su parte, la profesora Kurtulmus impartía clases como profesora asociada en la facultad de económicas de Estambul desde 1982. Vestía el *hiyab* habitualmente y así

[353] *Ranjit Singh c. Francia*, op. cit.
[354] *Dogru c. Francia*, op. cit. §75.

siguió haciéndolo cuando obtuvo el doctorado en 1992 o la titularidad de la plaza en 1996. En 1998, tras una investigación que le fue abierta por no cumplir con los requisitos de vestimenta del funcionariado público, se le suspendió de empleo y se le declaró no apta para una eventual promoción durante dos años. Como quiera que persistiera en su actitud, la profesora volvió a ser reprendida y en mayo de 1998 se consideró que con su conducta había dimitido de su puesto por negarse a cumplir con los requerimientos impuestos al funcionariado público en virtud del reglamento disciplinario de aplicación. En abril de 1999 el tribunal administrativo de Estambul rechazó la demanda de Kurtulmus y avaló tanto las medidas como las sanciones impuestas por la universidad. Posteriormente la ley 4455 de septiembre de 1999 amnistió a los miembros del funcionariado por sus faltas disciplinarias y deshabilitó las sanciones impuestas. En consecuencia, la demandante exigió que el fallo del tribunal administrativo de Estambul fuese invalidado, petición no atendida por el tribunal supremo administrativo.

Cinco años separan un pronunciamiento del otro (Dahlab – febrero de 2001 y Kurtulmus – enero de 2006) y tal vez como consecuencia de la controversia generada por el fallo de *Şahin*, mientras en *Dahlab* se contienen ciertas discutibles atribuciones unilaterales de significado al *hiyab* (ya comentadas), en *Kurtulmus* se prescinde de tales afirmaciones. De cualquier manera, ambos casos resultan interesantes por afectar al papel del funcionariado en centros docentes de titularidad pública. Se discute en ellos la posibilidad de que el profesorado pueda exhibir signos de adscripción religiosa y la manera en que ello afecta al necesario carácter neutral del centro. Al igual que en los casos anteriores se aprecia una decepcionante aplicación del test de necesidad de la medida prohibitiva. No se justifica con datos o hechos concretos la amenaza a los bienes objeto de protección (orden público, seguridad, derechos y libertades ajenos) que legitiman la interferencia de la libertad religiosa. En consecuencia, dejan la sensación de una aplicación preventiva del orden público. En su lugar la justificación de la medida se encuentra en conceptos abstractos como el principio de laicidad o la igualdad de género, cuya afección y defensa es más compleja de contextualizar y concretar[355]. El concepto del margen estatal de apreciación sirve para eludir una labor supervisora de mínimos trasladando el ámbito

[355] Precisamente la contradicción entre la interpretación que el TEDH ha dado a esos principios en su jurisprudencia y la manera de emplearlos en los casos en que se analiza el uso del *hiyab* ha sido expuesta por Nathwani, Niraj; "Islamic headscarves and Human Rights: a critical analysis of the relevent case law of the European Court of Human Rights" en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 25/2, 2007, pp. 221-254.

decisorio en esta materia al nivel doméstico habida cuenta de la multiplicidad de modelos existentes en Europa. En cuanto a la evaluación de la proporcionalidad de la medida, su peso es residual en la medida en que el tribunal no otorga valor alguno al hecho de que las profesoras llevasen años ejerciendo su labor con la prenda religiosa sin que constase interferencia alguna con su labor docente o bien quejas por parte del alumnado. De forma que la pérdida del puesto de trabajo aparece como algo inevitable en el horizonte de las funcionarias creyentes. Como ha quedado dicho, no se aprecia en el razonamiento de las sentencias cual es el peso otorgado a la libertad religiosa en la evaluación realizada ni de qué manera podría "imponerse" al valor absoluto concedido a los principios que se le contraponen en vista de que estos últimos no están graduados con base en las circunstancias que concurren[356].

Frente a este devenir errático y poco tuitivo de la libertad religiosa[357] sí que parece necesaria la creación de una doctrina que fije los conceptos que permitan la ponderación de los bienes jurídicos afectados en los casos en los que entre en juego la eventual limitación de la libertad religiosa por el empleo de SDAR. Junto a esta cuestión técnica también se aprecia otro elemento que interfiere llamativamente en el razonamiento del tribunal en lo referente al empleo del *hiyab* por parte de las profesoras. Se trata de la convicción acerca del inevitable carácter adoctrinador que tiene la prenda en cuestión y que le es atribuido por sí mismo. Como apunta adecuadamente Sylvie Langlaude, se adopta una concepción muy laxa de adoctrinamiento sin que se determine por parte del tribunal si el proselitismo debe ser activamente buscado o no, de qué manera se determina el daño causado y cuál es el equilibrio que debe ser respetado[358].

---

[356] Un repaso a los argumentos desgranados en el pronunciamiento *Dahlab* se puede encontrar en Castro Jover, Adoración; "Libertad de conciencia, laicidad y privacidad" en Llamazares Fernández, D. (dir.) *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 201-240.

[357] Martínez-Torrón, Javier; "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estarsburgo" en *Derecho y Religión*, nº4, 2009, pp. 87-109, tampoco está de acuerdo con la línea seguida por el TEDH e, incluso, en sus observaciones finales se atreve a aventurar algunos motivos que explican tales deficiencias.

[358] Langlaude, Sylvie; "Indoctrination, secularism, religious liberty and the ECHR" en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, nº 4, octubre 2006, p. 933. En otro ámbito, recuerda la autora, el TEDH sí que ha establecido criterios para determinar cuándo se produce adoctrinamiento por parte del Estado en centros públicos. Se pueden citar como casos recientes *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*, auto de inadmisibilidad de 25 de mayo de 2000, ap. nº 51188/99; *Appel-Irrgang c. Alemania*, auto de inadmisibilidad, de 6 de octubre de 2009, ap. nº 45216/07; *Dojan y otros c. Alemania*, auto de inadmisibilidad de 13 de septiembre de 2011, ap. nº 319/08; referentes todos a progenitores que deciden que sus hijos e hijas no asistan a clase por objetar contra el contenido de ciertas asignaturas que se les imparten, por ser contrarias a sus ideas filosóficas o religiosas. El límite que el TEDH pone al proselitismo estatal está más determinado que el que vemos en los casos de vestimenta religiosa. Por un lado, se estima

Ciertamente, ese umbral tan bajo a la hora de entender el proselitismo de las prendas religiosas tiene que ver con la atribución de significado que el TEDH asigna al *hiyab*. En un sentido contrario al que el mismo tribunal realizó en la segunda sentencia del caso *Lautsi c. Italia*[359], en el que la atribución unilateral de significado también jugó un papel determinante en el razonamiento que prevaleció en el fallo aunque en esta ocasión la operación resultante terminó por desacralizar al crucifijo cristiano para ubicarlo en unas coordenadas histórico-culturales plenamente coherentes con los valores de las democracias liberales y (entendemos que) con el principio de laicidad de los centros docentes públicos. Parecería que el Tribunal de Estrasburgo quisiese, en los límites del aulario, preservar la herencia cristiana del continente bajo su apariencia de neutralidad.

Todo esto nos lleva a cuestionarnos si el debate está en el terreno de la manifestación de la libertad religiosa del profesorado, que es funcionariado público, o bien en la percepción dominante en torno al peligro que se atribuye a un credo religioso concreto que además (por oposición a lo establecido en la segunda sentencia *Lautsi*) es considerado una realidad exógena y patógena en Europa. Volviendo a los argumentos estrictamente jurídicos convendría recordar que el TEDH se pronunció acerca de la aparente contradicción entre el ejercicio de derechos fundamentales por parte del profesorado de centros públicos que aparentemente podrían interferir con el ejercicio de su actividad

---

que las convicciones filosóficas y religiosas de los padres deben ser respetadas y el Estado no puede ejercer una acción proselitista contraria a ellas. El curriculum debe ser neutral y no debe interferir en la capacidad de los padres en transmitir a sus hijos los valores deseados, aunque, por otro lado, las convicciones de los progenitores no deben interferir en el derecho de los menores a la educación. *"the second sentence of Article 2 of the Protocol does not prevent States from imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind. However, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, the State must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions (...) that information did not affect the right of parents to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions"* Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España, *op. cit.*

[359] STEDH caso *Lautsi c. Italia*, op. cit.; El pronunciamiento ha merecido infinidad de comentarios. Para un análisis de los argumentos ver Relaño Pastor, Eugenia; "La polémica del crucifijo en las aulas, Lautsi contra Italia: ¿un conflicto entre cristófobos y creyentes? *op. cit.* pp. 233-267; también analiza el fallo y posteriormente estudia la eventual influencia de sus postulados en el ordenamiento español Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; "Símbolos religiosos en el espacio público escolar. Examen de la sentencia Lautsi contra Italia" en Revenga, M., Ruiz-Rico, G. y Ruiz, J.J. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 167-189; para una vision crítica de la interpretación dada a los símbolos religiosos en el espacio público McGoldrick, Dominic; "Religion in the European public square and in the European public life – crucifixes in the classroom?" en *Human Rights Law Review*, 11:3, 2011, pp. 451-502; para una visión desde el derecho antidiscriminatorio Morondo Taramundi, Dolores; "El principio antidiscriminatorio en el ámbito de la libertad religiosa (Un comentario al margen de Lautsi c. Italia)", julio 2013, disponible en SSRN http://ssrn.com/abstract=2288902

docente y los valores a transmitir al alumnado. Se puede mencionar el caso de *Vogt c. Alemania*[360], que incide en los derechos de libertad de expresión y de asociación (artículos 10 y 11 CEDH). Dorothea Vogt trabajaba como profesora de secundaria en un centro público, impartiendo las asignaturas de alemán y francés. En marzo de 1981 se elaboró un informe en el que sus aptitudes y rendimiento eran evaluadas de manera muy satisfactoria. Desde mediados de la década de los 70 era miembro del Partido Comunista alemán[361] y en virtud de su militancia participó en varios actos electorales y organizativos como miembro del comité ejecutivo, para finalmente integrar las listas electorales de su partido en las elecciones al parlamento del *länd* de Baja Sajonia en el que vivía y trabajaba. Estas actividades le supusieron la incoación de expedientes disciplinarios, así como la suspensión de empleo por las autoridades educativas al entender que como funcionaria pública había faltado a su obligación de lealtad a la Constitución federal.

Un Estado democrático está perfectamente legitimado para pedir a su funcionariado público un deber de lealtad a los principios constitucionales. Más aún, la historia de Alemania durante la república de Weimar y su posterior evolución explican, sin duda, el celo de las autoridades alemanas para evitar que la historia se repita. Sin embargo, el tribunal en esta ocasión en lugar de apelar al margen de discrecionalidad estatal, como podría haber hecho en atención a lo delicado del asunto en el contexto alemán, decidió examinar la necesidad de la interferencia producida en los derechos de la demandante, así como el principio de "*compelling State interest*" alegado por la administración pública con base en los siguientes principios:

> *Since the DKP had not been banned by the Federal Constitutional Court, her activities on behalf of that party, which had been the basis of the "charges" brought against her, had been lawful political activities for a lawful party and could not therefore amount to a failure to fulfil her duty of political loyalty. Compliance with that obligation had to be assessed not in terms of the abstract aims of a party, but with reference to individual conduct. From this point of view, she had always been beyond reproach, both in the performance of her duties, in the course of which she had never sought to indoctrinate her pupils, and outside her professional activities, where she had never made any statement that could have been considered anti-constitutional. (...) requiring her to renounce that conviction on the ground that the State authorities held otherwise went against the very core of the freedom to hold*

[360] STEDH, *Vogt c. Alemania*, de 26 de septiembre de 1995, ap. nº 17851/91.

[361] DKP - Deutsche Kommunistische Partei.

> *opinions and to express them. In any event, the imposition of the heaviest sanction had been totally disproportionate.*[362]

La expresa renuncia del tribunal a enfocar la resolución de esta controversia desde principios abstractos o ideas preconcebidas en torno al partido comunista, sino con base en la conducta individual y las circunstancias concurrentes, implica un acercamiento más pragmático a la cuestión. Al tener en cuenta la situación personal de la parte demandante se puede abordar una ponderación de los bienes jurídicos en juego más equilibrada. Resulta, en este sentido, muy interesante la reflexión que hace el tribunal cuando valora la proporcionalidad de la medida tomada por las autoridades alemanas (suspensión del empleo) en relación con los objetivos pretendidos. De la misma manera que la actitud de la profesora se debe tener en cuenta al valorar la necesidad de la medida adoptada, la toma en consideración de las consecuencias que el despido tiene para ella, así como para el ejercicio de su profesión resulta relevante a la hora de definir la proporcionalidad de los medios empleados. La forma en la que se aborda el test de proporcionalidad ofrece pistas interesantes tanto en lo relativo al profesorado de centros públicos, que ahora nos ocupa, como en las demandas religiosas en el ámbito laboral, de lo que nos ocuparemos a continuación.

> *In this connection it notes at the outset that there are several reasons for considering dismissal of a secondary-school teacher by way of disciplinary sanction for breach of duty to be a very severe measure. This is firstly because of the effect that such a measure has on the reputation of the person concerned and secondly because secondary-school teachers dismissed in this way lose their livelihood, at least in principle, as the disciplinary court may allow them to keep part of their salary. Finally, secondary-school teachers in this situation may find it well-nigh impossible to find another job as a teacher, since in Germany teaching posts outside the civil service are scarce. Consequently, they will almost certainly be deprived of the opportunity to exercise the sole profession for which they have a calling, for which they have been trained and in which they have acquired skills and experience.*[363]

Llama la atención en el razonamiento del tribunal la sensibilidad demostrada hacia la situación de una persona que pierde su puesto de trabajo y en torno a las dificultades que se le presentan para volver a ser contratada en el sector público. Apunta Ouald Chaib[364],

[362] *Vogt c. Alemania*, op. cit. §54. El subrayado es nuestro.

[363] Ibíd. §60.

[364] Ouald Chaib, Saila; "Religious accommodation in the workplace: improving the legal reasoning of the European Court of Human Rights" en Alidadi, K. et al (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*, Farnham: Ashgate Publishing, 2012, pp. 33-58.

con buen criterio, las diferencias que este caso presenta con el enfoque adoptado en *Dahlab* así como las "buenas prácticas" que de este caso se pueden extraer en relación con las peticiones de acomodos religiosos en el ámbito laboral.

4.4.- El enfoque adoptado por el CDHNU.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha visto cómo se sometían a su consideración casos en los que el alumnado de centros docentes públicos aducía que las prohibiciones al uso de SDAR vulneraban su derecho de libertad religiosa tal y como figura reconocido en el artículo 18 del PIDCP. Nos centraremos principalmente en el caso de *Bikramjit Singh c. Francia*[365], por aludir a un alumno de fe sij expulsado de su instituto tras la entrada en vigor de la ley francesa de 2004, que guarda paralelismos con los mencionados casos de *Ranjit Singh* y *Jasvir Singh contra Francia* en el TEDH.

El demandante Bikramjit Singh entró en el liceo Louise Michel en 2002. Inicialmente le fue concedido permiso para vestir la *patka*, una prenda con la que los niños sij protegen su cabello, y en septiembre de 2003, ya con 17 años comenzó a vestir el *keski* (un pequeño turbante, precursor del que llevan las personas adultas). En septiembre de 2004 se le impidió el acceso a las clases y durante tres semanas estuvo sentado en la cafetería del centro estudiando por su cuenta con material de trabajo ofrecido por el profesorado. Tras recurrir al tribunal administrativo de Cergy-Pontoise, éste falló ordenando al liceo el inicio de acciones disciplinarias que terminaron con su inmediata y permanente expulsión en noviembre de 2004. Bihramjit Singh siguió sus estudios a través de cursos por correspondencia. Posteriormente accedió a la Universidad de París en la cual pudo llevar el *keski*.

El demandante alegó la vulneración del artículo 18 PIDCP, ya que las causas de su expulsión no encuentran apoyo en las previstas en el párrafo tercero que expone los motivos por los que este derecho puede verse limitado. El CDHNU entiende que la ley francesa de 2004 interfiere en la libertad religiosa del demandante en la medida en que el *keski* es una forma de manifestación religiosa con arreglo a la definición ofrecida por el comentario nº 22 del Comité y porque el demandante lo entiende como una obligación derivada de su creencia, así como un elemento ligado a su identidad. Es en la evaluación

[365] CDHNU, caso *Bikramjit Singh c. Francia, op. cit.*

acerca de la justificación y la proporcionalidad de las medidas adoptadas donde el Comité adopta una motivación diferente de la empleada por el TEDH. Por un lado, acepta que, efectivamente, el principio de laicidad es un medio a través del cual el Estado pretende proteger la libertad religiosa de la ciudadanía y que la ley de 2004 tiene por objetivo la protección del orden público, así como los derechos y libertades de terceros (§ 8.6). Sin embargo, el principio de laicidad no implica inherentemente que aquellas personas perceptoras de servicios ofrecidos por el Estado en edificios públicos deban inhibirse de vestir prendas o exhibir símbolos religiosos. El Comité, que se abstiene de dar una interpretación acerca del significado del *keski*, entiende que esa prenda por sí misma no supone un desafío al principio de laicidad. En el pronunciamiento se estima que no se han llegado a ofrecer pruebas concluyentes acerca de la manera en que la vestimenta del *keski* por el demandante supusiese una amenaza contra el orden público o los derechos y libertades de terceros (§ 8.7).

> *The State party imposed this harmful sanction on the author, not because his personal conduct created any concrete risk, but solely because of his inclusion in a broad category of persons defined by their religious conduct (…) However, in the Committee's view, the State party has not shown how the sacrifice of those persons' rights is either necessary or proportionate to the benefits achieved.*

Nos parece interesante en el planteamiento del Comité que, sin restar importancia al peso atribuido por la legislación francesa al principio de laicidad, no juzga su propio papel como incompatible con una efectiva comprobación de los hechos con vistas a encontrar su encaje en las causas que justifican, con arreglo al artículo 18.3, la limitación del derecho en cuestión. En ese sentido, parece que el CDHNU entiende que la carga de la prueba le corresponde al Estado a la hora de argumentar que existe un interés público preponderante, materializado en alguna de las causas del artículo 18.3, para tal limitación. De la misma manera, hay una conexión en la *ratio decidendi* entre las causas alegadas y el fin objeto de protección de cara a evaluar la proporcionalidad de la medida adoptada.

> *The Committee is also of the view that the penalty of the pupil's permanent expulsion from the public school was disproportionate and led to serious effects on the education to which the author, like any person of his age, was entitled in the State party. The Committee is not convinced that expulsion was necessary and that the dialogue between the school authorities and the author truly took into consideration his particular interests and circumstances* (§8.7).

Aunque tal vez habría sido deseable que en la sentencia se estableciesen con mayor claridad los pasos adoptados en el test de necesidad, estimamos que es de agradecer que el fallo se fundamente más en la acreditación del efectivo o potencial daño causado (por ejemplo si el empleo del SDAR hubiese sido hecho con intención proselitista, hubiese interferido en el desarrollo de la función educativa del centro, hubiese supuesto un riesgo para la seguridad de terceros…) o en la concurrencia entre fines buscados (protección de la libertad religiosa a través del principio de laicidad, preservación del orden público en los centros educativos) y los medios empleados (expulsión de los alumnos por ser incluidos en una amplia categoría definida por su conducta religiosa sin acreditar el daño causado).

5.- El patrón no es el único que manda. La simbología religiosa en el puesto de trabajo.

5.1.- Ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral.

La presencia de las necesidades religiosas en el puesto de trabajo viene marcada, en primer lugar, por la especificidad del entorno laboral. La existencia de una relación contractual entre quien ofrece un empleo y quien lo solicita implica que hay un consenso entre ambas partes. Una vez que éstas han llegado a un acuerdo la parte empleada consiente en quedar sujeta a la autoridad de la parte empleadora, que es quien determina principalmente las condiciones en las que el trabajo se va a desarrollar. Para gestionar las necesidades que surgen en unas relaciones presididas por un inicial desequilibrio se cuenta con la legislación laboral y con los mecanismos de negociación colectiva que regulan aspectos como los horarios, los repartos de turnos, la seguridad y la salud… Sin embargo, no es habitual encontrar en estos instrumentos medidas sobre el lugar que corresponde a las prácticas religiosas en el puesto de trabajo. Surge por tanto la pregunta acerca de si estos intereses son merecedores de protección. La solución que se proponga a la tensión existente entre un derecho fundamental como es la libertad de religión y la libertad de empresa (que es un derecho constitucional protegido y que abarca desde la libertad de contratación hasta la de gestionar el negocio con vistas a lograr su mayor

eficacia), dependerá del peso que se otorgue a cada uno de los dos elementos del binomio, según las circunstancias que concurran en cada caso concreto[366].

Quienes opinan que tiene preeminencia la libertad de contratación entienden que la propia sujeción a una relación laboral puede conducir inevitablemente a la restricción de ciertos derechos fundamentales, en la medida en que se pide a las personas empleadas la aceptación de normas que van desde las formalidades necesarias para el funcionamiento normal de la empresa hasta la asunción como propias de visiones corporativas en el caso de los cargos directivos[367]. Este punto de vista pone el acento en la libertad con la que las partes llegan al acuerdo para comprometerse y concede un amplio margen de discrecionalidad a la parte empleadora. La prohibición que esta última tiene de no discriminar se entiende como un mandato de evitar la arbitrariedad del empleador en ámbitos protegidos por la ley y que responden a características inmutables del ser humano. La práctica religiosa es susceptible de ser vista como una actividad voluntaria y, por tanto, adaptable a las necesidades que marca el desempeño laboral.

Quienes ponen el acento en el ejercicio de un derecho fundamental subrayan el hecho de que las partes contratantes no están en condición de igualdad a la hora de negociar el acceso de una de ellas al puesto de trabajo. Quienes demandan empleo no lo hacen sólo para satisfacer una necesidad económica, sino que la inserción laboral tiene un importante papel en la participación y la inclusión social de los individuos. Éste enfoque es el que, precisamente, debería proteger el Derecho antidiscriminatorio[368]. El ámbito laboral no debería suponer una suspensión en la titularidad de los derechos fundamentales, y su ejercicio debería estar proporcionado a las necesidades de la práctica profesional, lo cual significa que en determinadas circunstancias pueden darse las condiciones para la limitación del derecho en cuestión.

---

[366] Ringelheim, Julie; "Religion, diversity and the workplace: What role for the law?", en K. Alidadi, M.C. Foblets y J. Vrielink (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*. Ashgate, 1ª ed., Farnham, pp. 335-357.

[367] La propia Ringelheim, *op. cit.*, p. 348, pone varios ejemplos. Desde los requisitos de vestimenta, que pueden chocar con preceptos religiosos que imponen un determinado vestuario, hasta otros que van más allá de la libertad religiosa. Por ejemplo, cuando algunas empresas prohíben a sus cargos directivos hacer declaraciones a los medios de comunicación sobre proyectos que están desarrollando, aceptan una limitación en su libertad de expresión.

[368] Collins, Hugh; "Discrimination, equality and social inclusion", *The modern Law Review*, vol. 66, January, 2003, pp. 16-43.

Para la jurisprudencia del TC la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE no supone que el mercado laboral quede desligado del resto de actividades sociales y, por tanto, las personas siguen disfrutando plenamente de los derechos fundamentales de los que gozan en cualquier otro ámbito de relaciones. Es cierto, no obstante, que el poder de dirección y control de la actividad laboral reconocido a la empresa en el artículo 20 del ET exige de las personas empleadas su correspondiente "diligencia y colaboración en el trabajo", quedando sometidas ambas partes "en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe", siempre a salvo de la prohibición de discriminación que específicamente está reconocida para el ámbito laboral en el artículo 4.2 c) ET. De ahí que el TC lo expresase de a siguiente manera:

> *"la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (...) Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la relación contractual laboral genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (...) Sin embargo, esto no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (...) Por este motivo, es preciso que en casos como el presente, los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto "proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona" (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin." [369]*

Como se desprende claramente del texto reproducido, y ha sido subrayado convenientemente[370], el TC establece la proporcionalidad como la regla con la cual

[369] STC 20/2002, de 28 de enero, (BOE nº 52, de 1 de marzo de 2002) FJ 4.

[370] Cañamares Arribas, Santiago; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, op. cit. p. 53

valorar las controversias que surjan en la relación laboral cuando afecten al ejercicio de un derecho fundamental frente a la libertad de empresa.

5.2.- La experiencia española.

No hay muchos casos en España en los que se haya planteado una controversia en torno a personas que hayan solicitado desempeñar su puesto de trabajo con vestimentas o signos de adscripción religiosa. Mencionaremos a continuación dos fallos, una sentencia del TSJ Madrid[371] referente a una trabajadora musulmana, conocido como *caso Aldeasa*, y una sentencia del TSJ Baleares[372] que afectaba a un conductor de autobús urbano de fe judía. También se hará referencia (por pertenecer también al ámbito laboral y afectar a la práctica religiosa, aunque no a los SDAR) a la STC 19/1985[373].

Una trabajadora contratada por Aldeasa S.A. comunicó a la empresa, poco menos de un mes después de su incorporación, su necesidad de que se acomodasen ciertos requisitos propios de su puesto de trabajo a las necesidades derivadas de su fe musulmana. Tales peticiones se pueden resumir en tres puntos: empleo de un uniforme cuya falda no fuese corta (tuviese una longitud que tapase sus rodillas), adecuación de su horario de trabajo los viernes para permitirle la asistencia a la mezquita de 13:30 a 16:30 h. así como terminar la jornada antes de la puesta del sol durante el mes del Ramadán y finalmente la dispensa para manipular productos que contuviesen cerdo o alcohol. Las peticiones fueron rechazadas por escrito por la empresa empleadora.

El parco razonamiento de la sentencia es, en sí mismo, toda una declaración de intenciones sobre la relevancia otorgada por el tribunal a este tipo de peticiones. El fundamento de derecho segundo estima, tras una convencional mención a la importancia de la libertad religiosa y otra declaración acerca de la necesaria labor supervisora de jueces y tribunales en la fiscalización de las actitudes empresariales de cara a logar una conciliación de las necesidades religiosas y profesionales, que la trabajadora falló en sus obligaciones de lealtad y buena fe al no declarar en la entrevista de trabajo su filiación religiosa a fin de que el empleador pudiera valorar el encaje de las condiciones de la candidata en la organización y operativa de la empresa. La argumentación de la sentencia

[371] STSJ Madrid, de 27 de octubre de 1997, AS/1997/3751.
[372] STSJ Baleares, AS/2003/2, *op. cit.*
[373] STC 19/1985, *op. cit.*

merece hacer dos consideraciones, una primera de tipo jurídico en torno al empleo del concepto de buena fe como límite al ejercicio de un derecho fundamental y la segunda acerca de las implicaciones que tiene el hecho de que se imponga, a quien se postula como candidato a un puesto de trabajo, el dar publicidad a los dictados de su conciencia.

Ya se ha indicado cómo el ET y el TC mencionan la buena fe a la hora de hacer referencia a la conciliación entre la atribución directora de la empresa y el ejercicio de derechos fundamentales a cargo de los trabajadores. Ahora nos encontramos ante la tesitura de entender como procedente o no la mención directa a la buena fe, que hace la sentencia comentada, como límite específico al ejercicio de un derecho fundamental. Se ha dedicado espacio en el primer capítulo a hacer referencia a los elementos que legitiman la limitación de la libertad religiosa y entre ellos no figura la buena fe. Coincidimos con la opinión de aquellos autores[374] que apuntan que sólo aquellos bienes o intereses merecedores de protección constitucional pueden oponerse a una libertad pública con la finalidad de limitar su ejercicio, atendiendo a los requisitos del principio de proporcionalidad. En este sentido, la buena fe podría servir como parámetro para medir o modular la manera en que esa ponderación de intereses se haga, pero no para emplearla como límite en sí misma. Llama la atención que en la sentencia no se definan claramente los bienes jurídicos en juego y no se otorgue un peso concreto a los requerimientos de la demandante, que por estar provocados por sus creencias son manifestaciones de su fe y están amparadas por la práctica de la libertad religiosa. La conciliación entre las necesidades que esa práctica impone y la gestión efectiva y eficaz del negocio (amparada por el principio de la libertad de empresa) debería haber dado lugar a determinar si la pretensión de la trabajadora tenía encaje en la organización y distribución del trabajo de Aldeasa o no. Al carecer de elementos de juicio, no podemos opinar acerca de si la solicitud de la parte demandante tenía posibilidad de ser atendida o no. De cualquier manera, sí se puede argumentar que el tribunal en su razonamiento no parece que ponderase los bienes jurídicos en juego en toda su profundidad, sino que encontró un atajo para avalar la preferencia del punto de vista de la empresa empleadora sin entrar a valorar

[374] Moreno García, Antonio; "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, nº 38, mayo-agosto 1993, pp. 263-295; Naranjo de la Cruz, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: BOE - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 417-444.

si las peticiones de la demandante podían tener encaje en la operativa de la empresa[375]. Recordemos que ésta da servicio todos los días del año con un amplio horario, dentro del cual podría haber mayores posibilidades de acomodo que, pongamos, en un pequeño negocio de carácter familiar.

Además del empleo poco preciso del concepto de buena fe, cabría preguntarse por las implicaciones que tiene el reproche que se hace a la demandada por no haber dado cuenta de su filiación religiosa en la entrevista de trabajo. Ciertamente, el artículo 7 del Código Civil expresa, de manera genérica, que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Como indica Moreno García, más que un límite específico al ejercicio de los derechos, esta alusión tiene que ver con el establecimiento de un estándar de comportamiento o un "modelo de conducta social" al que deben acogerse las personas en el ejercicio de sus libertades públicas, al tiempo que un "criterio valorativo del ejercicio de esa libertad"[376]. Una fórmula destinada a evitar el abuso de derecho, cuya prohibición también está positivada en el artículo 17 CEDH. Siendo esto así, sin embargo, es difícil inferir que el hecho de que en las entrevistas de trabajo las personas no expongan sus filiaciones religiosas, ideológicas, filosóficas o, incluso, sus proyectos de vida personal y familiar a corto o medio plazo suponga que estén faltando a los requisitos de la buena fe de manera que condicionen el ejercicio de un derecho fundamental. En caso de sostener la opinión contraria podríamos llegar a la conclusión de que, bien proactivamente o bien a requerimiento de su potencial empleador, las personas que se postulasen a un puesto de trabajo estarían obligadas a "desnudar" su conciencia bajo la premisa de la *buena fe* dando a la entrevista de trabajo y, de paso, a la empresa empleadora una capacidad de intromisión en la intimidad de las personas candidatas que podría dejar vacía de contenido la prohibición de discriminación directa e indirecta contenida en el artículo 4 ET. Con este punto de vista el ejercicio de los derechos fundamentales en el puesto de trabajo quedaría en suspenso y a discreción de la parte empleadora.

El caso ocurrido en Baleares afectó a un conductor de autobuses urbanos de Palma de Mallorca que en el ejercicio de su labor venía vistiendo desde años atrás una gorra. Tal prenda no está prevista en las normas reguladoras de la vestimenta de las personas

[375] Coincidimos con Adoración Castro en el análisis que hace de este pronunciamiento en el que lamenta que el tribunal no situase el ámbito de resolución de esta controversia en el Derecho constitucional y, en su lugar, centrase su argumentación en el terreno contractual. Ver Castro Jover, Adoración; "Libertad de conciencia, laicidad y privacidad", op. cit. pp. 207-208.
[376] Moreno García, Antonio; *op. cit.* p. 271.

empleadas contenida en el artículo 26 del convenio colectivo de empresa. El conductor adujo que la vestimenta de la gorra respondía a una necesidad derivada de la práctica de la religión judía, que exige llevar la cabeza cubierta por respeto a la divinidad. A pesar de esto, le fue incoado expediente disciplinario y se le impusieron sanciones.

Uno de los ámbitos en los que se manifiesta el poder de dirección de la empresa es en la definición de un uniforme corporativo a través del cual se quiere ofrecer una imagen identificable a la clientela, así como establecer un estándar de cumplimiento para las personas que trabajan en este servicio. Aún más, el criterio de la uniformidad en la vestimenta encontró reflejo (en el caso que nos ocupa) en el instrumento de gestión que es el convenio de empresa. Desde un punto de vista democrático, la legitimidad de estas herramientas para regular la operativa de un negocio (reparto de turnos, requisitos de seguridad y salud laboral, vestimenta…) es muy alta. Sin embargo, es habitual que no se prevean las necesidades que ciertas minorías puedan poner sobre la mesa en un momento dado. A diferencia del caso anterior, en este pronunciamiento el tribunal sí se plantea la naturaleza del comportamiento del demandante cuyo testimonio, además de su pertenencia efectiva a la Comisión Israelita de Mallorca, no deja lugar a dudas acerca del carácter de obligación religiosa de la misma. De ahí que el conflicto de bienes jurídicos merecedores de protección se plantee contraponiendo el poder de dirección del empresario (artículo 20.1 ET relacionado con el 38 CE) con la libertad religiosa del demandante (artículo 16.1 CE).

Estimamos que de manera acertada el tribunal niega una solución unívoca para este tipo de casos, remitiendo la ponderación de los derechos en juego a un análisis de las circunstancias concurrentes. En este sentido valora que durante los años en los que el demandante ha vestido la controvertida gorra no se ha acreditado en ningún momento un daño causado ni a los intereses empresariales ni a la actividad laboral. Tales daños podrían materializarse en un menoscabo en la imagen de la empresa, incidentes en la prestación del servicio, reclamaciones por parte de la clientela… Ante la ausencia de perjuicio acreditable a una de las partes por una actitud que venía siendo tolerada por la empresa a lo largo de los años, el fallo entiende que la libertad religiosa del conductor debe ser digna de protección. El test de proporcionalidad aplicado por el tribunal en este caso asume que lo razonable o no de las peticiones de acomodo religioso dependerá de las circunstancias y aunque no ofrece o deja intuir una metodología para resolver este tipo de controversias

sí que hace un esfuerzo por perfilar adecuadamente y con la importancia que merecen (de acuerdo a los hechos probados) los bienes jurídicos que entran en conflicto.

> *Un conflicto de las características del que aquí se examina no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurran en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos. (…) si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados.*[377]

Sin tener que ver con el empleo de SDAR en el puesto de trabajo, llama la atención la mencionada STC 19/1985. Los bienes en conflicto son los mismos, aunque merece la pena que nos detengamos a analizar el razonamiento del TC en este caso. Los hechos afectan a una trabajadora que prestaba sus servicios en la empresa "Industrial Dik" desde septiembre de 1971 hasta diciembre de 1982. En el mes de septiembre de éste último año se convirtió a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, credo que propugna el respeto del sábado como día de descanso, desde la puesta del sol del viernes hasta la del sábado. La trabajadora solicitó el cambio de turno o la ausencia con pérdida de salario y compensación en otras horas. La inadmisión por parte de la empresa llevó a que la demandante se ausentase de su puesto, razón por la que fue despedida.

Surge en primer lugar el conflicto entre el cumplimiento de las obligaciones laborales cuando chocan o se solapan con los requerimientos impuestos por la fe[378]. El TC reflexiona sobre el principio de seguridad jurídica, objeto de garantía constitucional en el artículo 9.3 CE, que impide que unilateralmente se modifiquen las condiciones de la relación laboral. Se podría completar el argumento aportado por el tribunal alegando que ambas partes no se encuentran en la misma posición a la hora de negociar el contrato de trabajo y que dejar a la discrecionalidad de la parte empleadora la integración de las

[377] STsJ Baleares, de 9 de septiembre de 2002, *op. cit.* FJ 2

[378] Esta sentencia ha sido objeto de comparación con un caso análogo que surgió en Canadá, el conocido caso *O'Malley vs. Simpson Sears*, que mereció una valoración diferente a cargo del Tribunal Supremo de aquel país. Será objeto de nuestro análisis en el siguiente capítulo. Para más información ver Borges, Lola; "Freedom of religión versus freedom of business management in Spain: Spanish case-law analyzed in the light of reasonable accommodation figure according to Canadian case-law" *op. cit.;* Seglers Gómez-Quintero, Alex; "La acomodación de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral" en *Ius Canonicum,* XLIV, nº 88, 2004, pp. 649-677.

necesidades derivadas de la práctica religiosa en el puesto de trabajo no resulta garantista para con la libertad religiosa. En ese sentido, resulta pertinente traer a colación el argumento presente en el recurso de la demandante que solicitaba no dar por hecho que la incompatibilidad entre el ejercicio religioso y las obligaciones laborales tuviese que producir inevitablemente la extinción de la relación laboral[379].

Un buen punto de partida habría sido el de comprobar la posible compatibilidad de ambos extremos, tal y como se reclamaba. Tal compatibilidad no debe darse necesariamente, aunque sí puede argumentarse que la aplicación del principio de proporcionalidad podría demandar que se pruebe la existencia de un diálogo en el que la razonabilidad de la adaptación del puesto de trabajo a las necesidades religiosas venga determinada por las circunstancias que concurren tanto en la persona que las demanda como en las características del puesto de trabajo y de la propia empresa en la que se van a llevar a cabo. En su lugar, el razonamiento unidimensional del tribunal en torno a la seguridad jurídica, sin reparar en los condicionantes expuestos, coloca al trabajador creyente ante la tesitura de, en caso de convertirse a un nuevo credo o querer ejercer sus obligaciones religiosas haciendo uso de su libertad de conciencia, tener que elegir entre preservar su puesto de trabajo renunciando a los dictados de sus creencias o bien dar curso a sus obligaciones religiosas corriendo el riesgo de perder su ocupación remunerada. Estimamos que tal gravamen es excesivo para las personas que desean ejercer un derecho básico en los regímenes democráticos[380].

Relacionado con este punto, hay un segundo aspecto que conviene resaltar. Es el del día de descanso. Tiene razón el tribunal al apuntar que la referencia al domingo como día de descanso semanal que contiene el artículo 37.1 ET carece actualmente de una conceptuación religiosa y es una prescripción dispositiva. Sin embargo, es inhabitual que en los instrumentos de negociación colectiva se incluyan previsiones que hagan referencia

[379] "*y así lo que ésta pretende no es la anulación total o parcial del contrato, sino que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó y que considera ajustadas a derecho, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido*." STC 19/1985, *op. cit*. FJ 1.

[380] La subordinación de los derechos fundamentales de la persona contratada a las reglas del contrato laboral y el consecuente sacrificio absoluto de la libertad en juego en este caso fue puesta de manifiesto en su análisis del pronunciamiento por Castro Jover, Adoración; "La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española" en Martínez-Torrón, J. (ed.) *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Granada: Comares, 1998, pp. 133-186.

a prácticas religiosas, menos aún de personas que pertenezcan a credos minoritarios[381]. Años después de esta sentencia se aprobaron los acuerdos que el Estado español adoptó con las confesiones islámica, judía y evangélica. En el artículo 12 de cada uno de estos acuerdos se hace referencia a los días de descanso propios de cada confesión que, en su caso, pudieran sustituir a lo previsto en el artículo 37.1 ET. En todos los casos el posible cambio se remite a un eventual acuerdo entre las partes, formulación que en la lógica propia de las relaciones laborales tiene un alcance práctico muy limitado en lo referente a las demandas religiosas. Parece que se hubiera optado por reducir la conflictividad optando por una regulación que deja la última palabra del lado de la empresa, de manera que no se articula como un derecho sino como una prerrogativa de la parte empleadora. De esta forma una parte muy relevante de la gestión de las identidades religiosas queda, no en el ámbito de la conciencia del individuo y sometida a las necesidades laborales, sino enteramente del lado de la discrecionalidad empresarial.

De manera que, aunque el razonamiento que opone el principio constitucional de seguridad jurídica como límite a la modificación unilateral de las condiciones pactadas en un contrato de trabajo es correcta, así como la apelación al carácter tradicional y no confesional de las previsiones legales sobre el día semanal de descanso resulta pertinente, ninguno de los dos argumentos soluciona, desde nuestro punto de vista, el conflicto referente a la forma en la que se debe ponderar y articular la manifestación de las necesidades religiosas de los credos minoritarios en el puesto de trabajo.

5.3.- *Business as usual*. El TEDH y el elogio del desempleo como garantía última de la libertad religiosa.

La vestimenta de signos de adscripción religiosa en el ámbito laboral ha sido afrontada de manera reciente por el TEDH en el caso de *Eweida c. Reino Unido*[382] en el que se conocieron las demandas presentadas en cuatro casos que fueron etiquetados ante la

[381] La confluencia entre festividades religiosas y obligaciones laborales es analizada en Castro Jover, Adoración; "Libertad religiosa y descanso semanal" en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VI, 1990, pp. 299-309. También se alude a la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 26 de septiembre de 1986, en la que la demanda de un trabajador de Renfe que pretendía tomar el sábado como día de descanso semanal chocó con lo establecido en los convenios colectivos acerca de los turnos entre la fuerza de trabajo. En aquella ocasión el tribunal entendió que los trabajadores debían adherirse al esquema organizativo de la empresa ya que el vínculo laboral no podía verse interferido por las necesidades religiosas de las personas empleadas.

[382] STEDH, de 15 de enero de 2013, Eweida c. Reino Unido, *op. cit*.

opinión pública como ejemplos de discriminación cristiana en el Reino Unido, en medio de una considerable controversia[383]. En lo que sigue sólo nos centraremos en las implicaciones que dos de los casos (los de Nadia Eweida y Shirley Chaplin) presentan para el empleo de simbología dinámica en el ámbito laboral, sin hacernos eco de otras consideraciones[384].

La señora Eweida trabajaba en el departamento de facturación de British Airways en el aeropuerto de Heathrow en un puesto en el que estaba en contacto con el público. En 2004 la empresa dio a conocer el nuevo uniforme corporativo, que en su versión femenina incluía una blusa de cuello abierto (a diferencia de la empleada hasta 2004 que era de cuello cerrado). En la guía de uso que acompañaba al uniforme se prohibían expresamente aquellos elementos o piezas de joyería que no fuesen conformes con las regulaciones de uso del uniforme. Sin embargo, British Airways sí que ofreció permiso para vestir aquellas piezas exigidas por ciertas religiones y que no podían ser ocultadas por el uniforme, por ejemplo, el turbante y los brazaletes propios de la fe sij o el *hiyab* musulmán, en colores compatibles con los corporativos de la compañía. Aunque en un principio la demandante llevó la cruz escondida bajo la ropa, en 2006 lo comenzó a hacer de manera visible. Se le exigió repetidas veces la retirada del mismo, a lo que la trabajadora se negó, por lo que fue suspendida de empleo y sueldo. En octubre se le ofreció un puesto en el departamento administrativo, sin contacto con el público, pero lo rechazó. El debate generado en los medios de comunicación acerca de este caso llevó a la operadora aérea a reconsiderar su situación, de manera que tras consultarlo con miembros del departamento de Eweida así como con los sindicatos, en enero anunció su nueva política de vestimenta corporativa y el 1 de febrero readmitió a la trabajadora. Ésta

[383] BBC News UK, 15 de enero de 2013, "Christian discrimination claims heard by Europe Court" disponible en http://www.bbc.com/news/uk-19467554; Acerca de la polémica generada ver Press Associaton, "Christians are being persecuted, says former archbishop of Canterbury" en *The Guardian*, 14 de abril de 2012, disponible en http://www.theguardian.com/world/2012/apr/14/christians-persecuted-archbishop-canterbury-carey

[384] También se agruparon en el mismo fallo los pronunciamientos acerca de las demandas de Lillian Ladele y Gary McFarlane. Sus casos son analizados con detenimiento en Pérez-Madrid, Francisca; "Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, pp. 1-19; González-Varas Ibáñez, Alejandro; "Objeción de conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, pp. 1- 23; Para un análisis de sus argumentos jurídicos desde las implicaciones que presentan para el derecho antidiscriminatorio ver Morondo Taramundi, Dolores; "Abusos y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 28, diciembre 2013, pp. 170-189.

demandó que le fueran pagados los meses de salario correspondientes al tiempo que había estado en su casa.

La señora Chaplin alegaba llevar una cadena al cuello con un crucifijo desde que fue confirmada en 1971. Su titulación como enfermera data de 1981 y desde 1989 hasta 2010 trabajó en el hospital público de Exeter, con una hoja de servicios intachable. En el momento de los hechos estaba destinada al departamento geriátrico. El hospital tiene normas que afectan a la vestimenta del personal en las cuales se prohíbe específicamente portar cualquier tipo de joyería para minimizar el riesgo de infecciones cruzadas. En 2007 se introdujo el nuevo uniforme para enfermería que contenía un cuello en forma de V, con lo que el crucifijo de la señora Chaplin quedaba a la vista. Los requerimientos de la dirección del hospital para que dejase de llevarlo fueron rechazados por la demandante, de forma que fue destinada a un puesto diferente, que no incluía funciones de enfermería, hasta que en junio de 2010 el puesto dejó de existir. Tanto Eweida como Chaplin alegaron en los tribunales nacionales, así como en el TEDH haber sido discriminadas de manera directa e indirecta por motivos de religión.

La jurisprudencia, tanto el TEDH como la antigua CmEDH hasta el momento no había resultado muy garantista hacia las prácticas religiosas cuando éstas colisionaban con las obligaciones derivadas de la normativa laboral. Principalmente porque lejos de plantear la controversia en términos de conflicto de derechos, se ponía el acento en la voluntad de la parte empleada y su disposición a no cumplir sus compromisos profesionales. La mayoría de los casos precedentes tenían que ver con la compatibilidad entre el calendario laboral y el respeto por las festividades religiosas o los días de descanso no previstos por aquél[385]. En tales pronunciamientos hay una resistencia a reconocer que el conflicto presentado conlleve una interferencia con la libertad religiosa. El enfoque que priorizaba el incumplimiento de las condiciones laborales proyectaba la idea de que las obligaciones religiosas eran producto de la voluntad puntual de los demandantes. Esta descontextualización religiosa del conflicto está representada por la siguiente afirmación de la sentencia de *Konttinen*:

> *The Commission finds that the applicant was not dismissed because of his religious convictions but for having refused to respect his working hours. This refusal, even*

[385] Autos de inadmisión de la antigua CmEDH, *X c. Reino Unido*, op. cit.; *Stedman c. Reino Unido*, op. cit.; *Konttinen c. Finlandia*, op. cit.; STEDH *Kosteski c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, op. cit.

> *if motivated by his religious convictions, cannot as such be considered protected by Article 9 para. 1 (Art. 9-1). Nor has the applicant shown that he was pressured to change his religious views or prevented from manifesting his religion or belief.*

El desprecio por las motivaciones del trabajador en actuar como lo hace vicia el razonamiento al privarlo de su elemento determinante y no diferenciarlo, así, de otras faltas disciplinarias que pueden darse en el ámbito empresarial. De este planteamiento se desprende, de manera lógica, la doctrina de la "libertad para renunciar" (*freedom to resign*) según la cual, si todo es fruto de la voluntad más o menos caprichosa del trabajador creyente, el mismo estará también en condiciones de renunciar a su puesto cuando se dé cuenta de la contradicción que le supone cumplir con sus deberes laborales. Es más, esa libertad para renunciar es presentada por la Comisión como la garantía definitiva de protección de la libertad religiosa.

> *"The Commission would add that, having found his working hours to conflict with his religious convictions, the applicant was free to relinquish his post. The Commission regards this as the ultimate guarantee of his right to freedom of religion".*[386]

El razonamiento de estos fallos sitúa en los exclusivos hombros de la parte empleada la responsabilidad de cargar con las consecuencias de querer seguir poniendo en práctica su religión, de forma que se plantea una bifurcación de caminos tan tajante como incompatible entre mantener el empleo o respetar las necesidades religiosas. De esta forma se evita aplicar el test de proporcionalidad entre los intereses en conflicto.

Finalmente, tampoco se atiende a las peticiones, que frecuentemente hacen las partes demandantes, acerca del eventual carácter discriminatorio que tienen las decisiones que terminan con el despido de la parte empleada. Apelar a la libre voluntad contractual de las partes no sólo ignora la desigual posición que ocupan las partes negociadoras al acceder a un puesto de trabajo, sino que obvia también el carácter minoritario de las religiones a las que, en muchos casos, pertenecen las partes demandantes y que agrava, aún más, la conciliación entre las necesidades religiosas y laborales[387]. Como ya se ha dicho, en ningún caso se ha reproducido en materia de práctica religiosa la afirmación contenida en *Thlimmenos* acerca de la negativa a ofrecer un trato diferente, sin que medie

[386] Cita de la sentencia *Konttinen* sobre la libertad de renunciar, que también se encuentra, con diferente formulación, en *X c. Reino Unido* y en *Stedman c. Reino Unido*.

[387] Para una valoración acerca de cómo mejorar el razonamiento legal del TEDH en materia de acomodo de prácticas religiosas en el puesto de trabajo, ver Ould Chaib, Saïla; op. cit., pp. 38-41.

una justificación objetiva y razonable, a aquellas personas cuya situación es significativamente diferente[388].

El Tribunal de Estrasburgo, hasta el momento, parece sostener que aquellas normas que limitan el empleo de signos de adscripción religiosa no pueden ser consideradas discriminatorias, tomando en conjunción el artículo 14 con el 9 CEDH, en la medida en que no han sido promulgadas con el ánimo de incidir en la libertad religiosa de las personas, sino que responden a otro fin legítimo. Como bien argumenta Erica Howard[389], esta interpretación implica que se estreche mucho el margen en el cual se puede aceptar la existencia de discriminación religiosa, de forma que sólo aquellas leyes que específicamente entren a regular aspectos que tienen que ver con la religión podrán ser fiscalizadas con esta perspectiva, sin tener en cuenta los efectos que efectivamente producen en las personas que son afectadas por esa prohibición. Así se ignora la figura de la discriminación indirecta que debería encontrar reconocimiento bajo el texto del artículo 14.

En el capítulo 1 se ha explicado la controversia generada en los tribunales británicos acerca de la figura de la discriminación indirecta y si un creyente solitario (*individual believer*) podía ser objeto de la misma o si bien el adversamente afectado debía ser un grupo identificable. El pronunciamiento de *Eweida*, que abunda en la concepción subjetiva de creencia comenzada en *Şahin*, emplea un razonamiento que ofrece la posibilidad de proteger prácticas individuales que pueden ser afectadas de manera adversa por una medida laboral neutral.

> *In order to count as a "manifestation" within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief. An example would be an act of worship or devotion which forms part of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, the manifestation of religion or belief is not limited to such acts; the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question.*[390]

[388] STEDH, *Thlimmenos c. Grecia*, op. cit. § 44: *"The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different".*

[389] Howard, Erica; *Law and the wearing of religious symbols*. Op. cit.

[390] *Eweida y otros c. Reino Unido*, op. cit. §82.

No falta quien ha saludado esta orientación como un avance importante en el eventual reconocimiento al acomodo de las prácticas religiosas[391]. Estimamos que tiene mayor enjundia un segundo elemento positivo de la sentencia, como es el explícito rechazo a la doctrina de "freedom to resign" que fue alegada por el gobierno británico en su contestación a la demanda. Sin embargo, el TEDH, que ya había citado como precedentes los casos de *Stedman* o *Konttinen* en la reciente sentencia de *Francesco Sessa c. Italia*[392], opta en esta ocasión por un enfoque diferente que, en lugar de negar la interferencia con la libertad religiosa con base en la posibilidad de cambiar de empleo, decide ponderar el peso de los bienes jurídicos en juego a través de una fiscalización del test de proporcionalidad aplicado en este caso. Hay que entender que el abandono de la doctrina de la "libertad para renunciar" es definitiva toda vez que el tribunal no elude la autocrítica respecto a su jurisprudencia en esta materia ya que en su justificación reconoce que no se ha aplicado el mismo criterio en casos que tienen que ver con los artículos 8, 10 u 11 CEDH.

> *More relevantly, in cases involving restrictions placed by employers on an employee's ability to observe religious practice, the Commission held in several decisions that the possibility of resigning from the job and changing employment meant that there was no interference with the employee's religious freedom (...) However, the Court has not applied a similar approach in respect of employment sanctions imposed on individuals as a result of the exercise by them of other rights protected by the Convention, for example the right to respect for private life under Article 8; the right to freedom of expression under Article 10; or the negative right, not to join a trade union, under Article 11 (...). Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate*[393].

Para completar esta afirmación se pueden repetir aquí los argumentos explicados al comentar *Vogt c. Alemania*. De hecho, en Eweida, una vez entendido que la postura de la demandante venía determinada por sus creencias y que, en consecuencia, la prohibición de British Airways supuso una interferencia con su libertad religiosa, el tribunal revisó a

[391] Bader, Veit, Alidadi, Katayoun y Vermeulen, Floris; "Religious diversity and reasonable accommodation in the workplace in six European countries: an introduction" en *International Journal of Discrimination and the Law*, 13 (2-3), pp. 54-82.

[392] STEDH, *Francesco Sessa c. Italia*, op. cit., §35.

[393] *Eweida c. Reino Unido*, op. cit. §83.

la luz del principio de proporcionalidad la decisión adoptada en este caso. El código de vestimenta para los empleados perseguía un fin legítimo a la luz de la libertad de empresa, como era el de comunicar una imagen corporativa y promover un reconocimiento para la marca. Sin embargo, la prohibición no era capaz de diferenciar una simple pieza de adorno o joyería de un signo de relevancia religiosa. No parece, a juicio del tribunal, que el hecho de que personas de fe musulmana o sij lleven sus propios elementos (que no es posible invisibilizar) haya causado un deterioro en la imagen corporativa de la empresa. En consecuencia, llega a la conclusión de que se ha dado un peso excesivo a los intereses de la compañía aérea y ampara a la señora Eweida en su pretensión.

En el caso de la señora Chaplin, aplicando el mismo razonamiento, el tribunal estima que no está en condiciones de valorar la desproporción de las medidas adoptadas contra ella. Es cierto que la causa que motiva la prohibición es la salud y la seguridad, tanto de pacientes como del personal de enfermería, con el ánimo de evitar infecciones o lesiones. Medir esta peligrosidad latente supone una gran responsabilidad para la cual, ciertamente, quienes están al frente de la gestión de los hospitales gozan de mayor cualificación y experiencia. También es cierto que desde la dirección del hospital se ofrecieron opciones de acomodo a la trabajadora (llevar la cruz en forma de broche o bajo una camisa de cuello alto debajo de su bata) que no fueron estimadas por ella. Tal vez se podría haber valorado la posibilidad de vestir la bata anterior a la reforma de 2007 que por no tener un cuello en forma de V no dejaba visible la cruz de la enfermera. En cualquier caso, el tribunal llevado por un criterio de prudencia (así se desprende de la lectura del texto) opta por dar preferencia al punto de vista de las autoridades sanitarias y entender que la interferencia con la libertad religiosa era necesaria en una sociedad democrática. El asunto de Chaplin muestra lo difícil que es tomar posición en ciertos casos si no se dispone de una metodología de análisis para demandas como la que nos ocupa. Lamentablemente, ni en el caso de Eweida ni en el de Chaplin el tribunal entró al fondo de una posible vulneración del artículo 14 en conjunción con el 9 CEDH, privándonos así de una posible línea de análisis en torno a la eventual manera de distinguir una discriminación indirecta por motivos religiosos.

Como bien argumentaba el propio TEDH en el comentado caso *Vogt c. Alemania*, la pérdida del puesto de trabajo es una medida extraordinariamente severa cuyos efectos nocivos, sobra decirlo precisamente en la época que nos toca vivir, van más allá de la mera incomodidad de tener que buscar un nuevo empleo. Si la fuente de conflicto con las

normas neutrales que gobiernan el ámbito laboral está en las prácticas religiosas (a las que muchos individuos, de manera legítima, no quieren renunciar) y el ordenamiento jurídico no ha previsto instrumentos que ponderen el peso que deba otorgarse en cada caso a las demandas de acomodo, el resultado final puede ser la efectiva expulsión de estas personas del mercado de trabajo o bien de amplios sectores del mismo.

6.- Otros ámbitos especialmente sensibles

6.1.- Una presencia inquietante. La difícil conciliación entre la seguridad pública y los signos religiosos.

6.1.1.- La identificación personal en lugares caracterizados por sus medidas de seguridad.

La seguridad pública es una de las causas cualificadas, tanto en el CEDH como en la LOLR, para limitar la libertad religiosa. En ciertos espacios en los que los requerimientos relativos a la seguridad son muy elevados (aeropuertos o edificios oficiales, por ejemplo) impera la sensación de que aquélla debe prevalecer sobre cualquier otra consideración. Y, ciertamente, así suele ser, aunque ello no obsta para tener que plantear de manera adecuada el examen acerca de la legitimidad de la prohibición, su previsión normativa y la pertinencia en una sociedad democrática con una ponderación de los intereses en juego, en la cual la libertad religiosa también tendrá su peso relevante. En el siguiente apartado se tratará la problemática de las fotografías propias de los documentos públicos, cuya regulación en el caso del DNI español ya se analizó en el capítulo precedente.

El TEDH ha sido consciente, en los pronunciamientos en los que ha tenido que tratar este tema, de lo delicado de la materia, de manera que ha apelado al margen estatal de discrecionalidad a la hora de establecer los criterios que lleven a la resolución de la controversia. Estamos de acuerdo con Navarro-Valls y Martínez –Torrón cuando alegan que el tribunal podría haber cuestionado en su razonamiento si había formas capaces de evitar la existencia misma del conflicto y alcanzar los mismos objetivos protectores de la seguridad con un menor menoscabo del derecho en juego[394].

[394] Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier; *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 347-352.

En *Phull c. Francia*[395], un ciudadano británico de religión sij que se encontraba en Estrasburgo en viaje de negocios fue obligado a desprenderse de su turbante para ser sometido a una inspección de seguridad antes de acceder a la zona de embarque del aeropuerto de la ciudad. El demandante alegó que la decisión de las autoridades fue excesiva ya que él nunca se negó a pasar por el escáner de detección de metales o bien a ser examinado con un detector manual. El tribunal, en un pronunciamiento llamativamente poco extenso, admite que se produjo una intromisión en la libertad religiosa, pero que la misma era necesaria en una sociedad democrática por responder a una de las causas previstas en el artículo 9.2 CEDH como es la seguridad pública, elemento que es indiscutiblemente necesario en un aeropuerto y cuyo alcance descansa en el ámbito del margen de apreciación de los Estados. La demanda de Phull fue declarada inadmisible[396].

Como precedente de este fallo se cita el caso de *X c. Reino Unido*[397], en el que un ciudadano sij fue multado repetidas veces por incumplir el precepto del código de circulación que obliga a vestir casco al conducir motocicletas. La antigua CmEDH entendió que la obligación de vestir casco es una medida necesaria para la seguridad de quienes las conducen, de manera que cualquier interferencia que se hubiera podido producir con la libertad religiosa del demandante estuvo justificada con vistas a proteger la salud, tal y como lo prevé el Convenio.

Con posterioridad, en el caso *El Morsli c. Francia*[398] el TEDH no vio razón para separarse de la doctrina marcada en *Phull* al pronunciarse sobre la demanda de una mujer musulmana vestida con *hiyab* a la que se le negó el acceso al consulado francés en Marrakesh por negarse a retirarse la prenda a efectos de ser identificada en el registro de seguridad, necesario para acceder al edificio. La demandante alegó que no se había negado a ser identificada ya que se había mostrado dispuesta a retirar su *hiyab* siempre y cuando fuese en presencia de una mujer.

---

[395] TEDH auto de inadmisibilidad, de 11 de enero de 2011, caso *Suku Phull c. Francia*, ap. nº 35753/03.

[396] Un antecedente de esta situación se encuentra en el caso en el que se alegó la protección del orden público como limitación de la libertad religiosa CmEDH, auto de inadmisibilidad, *X c. Austria*, op. cit. en el que un preso budista solicitaba que se le permitiera tener una cadena destinada al rezo por ser indispensable en el ejercicio de su fe.

[397] Auto de inadmisibilidad, *X c. Reino Unido*, op. cit.

[398] Auto de inadmisibilidad, *El Morsli c. Francia*, op. cit.

A pesar de la diferente percepción atisbada en *Eweida* y al aparente mayor rigor observado al otorgar peso a la conciencia religiosa y la puesta en práctica de las creencias (incluso de un creyente solitario), históricamente el TEDH se ha resistido a reconocer que una norma general y neutral puede tener efectos negativos sobre un colectivo a la hora de acreditar una vulneración del artículo 14 en conjunción con el 9 CEDH y aplicar el criterio expresado en *Thlimmenos*. Tal camino podría llevar a la conclusión de que ciertas necesidades religiosas podrían estar cualificadas para obtener un acomodo en función de las circunstancias del caso. De otra forma el Tribunal de Estrasburgo no deja claro bajo qué condiciones podría llegar a argumentar en favor de la práctica religiosa allí donde concurren requisitos relativos a la seguridad[399]. Aunque, como argumenta Ouald Chaib, siguiendo el criterio del propio tribunal y aplicando el criterio de "least restrictive means" del test de proporcionalidad, se podrían alcanzar otras conclusiones[400].

A pesar de la relación que se establece entre los casos *Phull c. Francia* y *X c. Reino Unido*, este último tiene que ver con la salud como límite a la libertad religiosa que, como decíamos en el anterior capitulo, presenta un contenido relacionado con la salubridad o la salud pública. Los motoristas sijes que renunciaban a llevar casco ponían en peligro su propia salud[401], de forma que la pertinencia de la invocación de la salud como causa legítima de limitación podría ser discutible. Por su parte la limitación a la que se apela en *Phull* es la seguridad pública. Siendo, como ha quedado dicho, este último un valor fundamental, tampoco resulta de carácter absoluto como podría desprenderse de la lectura del auto. El tribunal no valora la posibilidad de que haya medios para garantizar la seguridad del vuelo que no pasen por la retirada del turbante del demandante. Nuestro estudio no puede dar respuesta al interrogante toda vez que el TEDH no abordó esa cuestión. Ni siquiera dando por probado que el señor Phull pasó por el escáner por el que debe hacerlo todo el pasaje y mostrarse dispuesto a ser examinado más concretamente

[399] Evans, Carolyn; *Freedom of religion under the European Convention of Human Rights, op. cit.* p. 156

[400] Ouald Chaib, Saïla; "Suku Phull v. France rewritten from a procedural justice perspective: taking religious minorities seriously" en Brems, E. (ed.) *Diversity and European human rights. Rewriting judgments of the ECHR.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 218-240.

[401] En Reino Unido la situación de los sijs que se negaban por motivos religiosos a quitarse el turbante para llevar casco generó un debate que propició que en1976 se introdujese una enmienda a la legislación de tráfico entonces vigente Road Traffic Act (1972), a través de la Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act. Con la reforma, la nueva sección 32 establecía que cualquier requerimiento acerca de los cascos "shall not apply to any follower of the sikh religión while he is wearing a turban". Un texto parecido está recogido en el texto de la vigente Road Traffic Act de 1988 (sección 16.2). Para un recuento de los hechos que dieron lugar a esta medida en Poulter, Sebastian; *Ethnicity, Law and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 292-301.

por un escáner manual. Si el tribunal hubiera tomado en consideración este dato habría tenido que, en aplicación del principio de proporcionalidad, exigir que se acreditase que a pesar de ese segundo examen al que el demandante se prestó, la seguridad del aeropuerto seguiría sin estar garantizada. En cualquier caso, lo que hay que lamentar no es que al señor Phull no se le diese la razón, sino que el tribunal no ponderase la necesidad de la medida evaluando si las propuestas del demandante podrían haber llegado a garantizar el objetivo deseado (la seguridad aeroportuaria) con una medida menos lesiva para sus derechos.

Igualmente, en *El Morsli c. Francia* la aplicación del criterio tripartito del test de proporcionalidad podría haber ofrecido un resultado más tuitivo de la libertad religiosa. Efectivamente, la prohibición de acceder con *hiyab* al consulado perseguía un fin legítimo como era la seguridad de las instalaciones. A partir de ahí podemos concluir que la relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin obtenido impone una carga muy grande en la parte demandante ya que el proceso de reagrupación familiar se ve interrumpido en ese punto. Tan importante gravamen se podría haber evitado atendiendo a la petición de la señora El Morsli que se mostró dispuesta a someterse a las pruebas de examen siempre que hubiesen sido hechas por una mujer. Nos quedamos sin saber la posibilidad o el coste (material e inmaterial) que suponía para las autoridades francesas el acceder a esa petición ya que el tribunal no lo toma en consideración en su argumentario y, en consecuencia, exime al consulado de cualquier carga o responsabilidad en este punto. La aplicación del margen de discrecionalidad (el *interés preponderante del Estado*) se activa de manera más o menos automática para reforzar el criterio de la seguridad pública.

6.1.2.- La fotografía en documento público.

Similares argumentos relativos a la seguridad los podemos encontrar también en los casos referentes a las fotografías destinadas a ser exhibidas en documentos públicos. Es conocido el caso de *Mann Singh c. Francia*, que compareció tanto ante el TEDH[402] como ante el CDHNU[403] con diferentes resultados. Shingara Mann Singh, residente en Francia, es titular de un permiso de conducir que le permite manejar vehículos turismos, así como

[402] TEDH, auto de inadmisibilidad, *Shingara Mann Singh c. Francia*, op. cit.
[403] CDHNU, de 19 de julio de 2013, caso *Shingara Mann Singh c. Francia,* com. nº 1928/2010.

vehículos pesados. Renovó sin problemas su carnet en 1987, 1992 y 1998. Desgraciadamente en 2004 fue objeto de un robo a mano armada en el que se le sustrajo, entre otras cosas, su documentación. Cuando solicitó un duplicado de su permiso de circulación entregó una fotografía, al igual que en las ocasiones anteriores, en la que estaba ataviado con un turbante, prenda que viste continuamente debido a su fe en el sijismo. Las autoridades rechazaron la fotografía por no tener la cabeza descubierta. La razón de esta medida descansa en la necesidad de evitar riesgos de fraude o falsificación del permiso de conducir.

Como en anteriores ocasiones el TEDH acepta que la vestimenta del turbante es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción y que esa práctica supone una característica nuclear de la religión y de la identidad sij. Frente a ello, la prohibición de la norma administrativa supone una interferencia con su libertad religiosa. La valoración de la necesidad de la medida en una sociedad democrática viene avalada por la protección del orden público y de la seguridad cuya valoración está sujeta al margen de apreciación por parte de las autoridades nacionales. Una vez más, las normas generales y neutrales son aplicables con base en un principio de igualdad entendido de manera formal. Desde el punto de vista de la aplicación práctica del documento de identidad, como resulta evidente y ya ha sido subrayado por otros autores[404], la apelación a evitar el fraude y asegurar la correcta identificación choca con el hecho de que el demandante viste el turbante continuamente, incluso cuando conduce vehículos. Sería deseable, en este sentido, que la fotografía guardase el mayor parecido posible con la imagen que efectivamente tendrá la persona cuya identidad deban cotejar, teniendo en cuenta que el turbante no cubre el rostro y, por tanto, no impide identificar sus rasgos principales.

También interesa destacar, al hilo de la referencia a la identidad del colectivo sij que hace el tribunal, que efectivamente los artículos 8 a 11 CEDH pueden enmarcarse en el ámbito de la autonomía personal de los individuos. Como afirmó el TEDH en el caso de *Pretty c. Reino Unido* la esencia misma del Convenio es la defensa de la dignidad y las libertades humanas cuya ubicación se encuentra en las ideas fuertemente asentadas en torno a uno mismo y a su identidad[405]. Precisamente para evitar que una afirmación tan sustancial no

[404] Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier; *op cit*. p. 348; Elósegui Itxaso, María; *op. cit.* p. 270-71.

[405] *Strongly held ideas of self and identity*. STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, ap. nº 2346/02, § 65. Este caso reflexiona en torno al artículo 8 CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y

quede vacía de contenido se precisa de la aplicación de un test de necesidad que otorgue un peso propio y constante a la libertad de conciencia (como uno de los intereses en juego puestos en la balanza) al tiempo que module los intereses relativos a la seguridad y el orden público con base en las circunstancias que concurren en el caso (de manera que se pueda ponderar efectivamente hasta qué punto los límites afectados estaban amenazados y de qué manera, si es que había posibilidad de ello, se podían conciliar ambos intereses de forma que el derecho afectado sufriera en la menor medida posible). En relación con el principio de proporcionalidad, no olvidemos que, aunque no se menciona en el fallo, la imposibilidad de obtener un duplicado del permiso de conducir vehículos pesados podría haber llegado a afectar a la práctica laboral del demandante.

Otra posibilidad al alcance del poder legislativo (ya previsto en el ámbito laboral, como dijimos en el capítulo 1, aunque aún no plenamente empleado ni desarrollado) es la figura de la discriminación indirecta mediante la cual se puede reconocer la existencia de un efecto adverso para un determinado colectivo en uno de los campos protegidos por la ley, provocado por normas aparentemente neutras, sin que objetivamente respondan a una finalidad legítima o empleen medios inadecuados e innecesarios.

Shingara Mann Singh llevó su reclamación de interferencia con la libertad religiosa también al CDHNU, esta vez centrando su demanda en la negativa de Francia a aceptar una fotografía con turbante en el pasaporte. Lo que más llama la atención en este segundo fallo es que el Comité acepta que la demanda de Mann Singh es digna de consideración al no remitirse en su razonamiento a ningún margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales sino que exige de ellas que demuestren la necesidad de la interferencia producida probando por qué el empleo del turbante sij impide la identificación de la persona interesada y por qué la exigencia de una fotografía con la cabeza descubierta a una persona, que siempre comparece en público con la cabeza cubierta, servirá para facilitar su identificación y combatir el riesgo de fraude y falsificación.

> *Il incombe donc au Comité d'évaluer si la restriction est nécessaire et proportionnelle au but visé. Le Comité reconnaît la nécessité pour l'État partie de s'assurer et de contrôler à des fins de sécurité et d'ordre public que la personne apparaissant sur la photographie d'un passeport est bien le détenteur du document. Le Comité observe toutefois que l'État partie n'a pas expliqué pourquoi le port d'un*

familiar) ante la demanda de una ciudadana británica, afectada por una enfermedad degenerativa, que quería poner fin a su vida.

> *turban sikh couvrant la partie supérieure de la tête et une partie du front, mais laissant le reste du visage clairement visible, rendrait l'identification de l'auteur moins aisée que s'il apparaissait « tête nue », alors même qu'il porte son turban à tout moment. Par ailleurs, l'État partie n'a pas expliqué dans des termes spécifiques comment une photographie d'identité « tête nue » d'une personne qui se montre toujours en public tête couverte servirait à faciliter son identification dans la vie de tous les jours et à combattre les risques de falsification et de fraude des passeports* (§ 9.4).

Ante la ausencia de prueba en estas consideraciones, el Comité entiende que la necesidad de la prohibición en una sociedad democrática no ha quedado establecida, por lo cual la califica como desproporcionada y estima que se ha producido una vulneración del artículo 18 del PIDCP. Con este pronunciamiento el CDHNU ratifica la línea emprendida en el caso de *Ranjit Singh c. Francia*[406]. En este caso el demandante presentó una fotografía con turbante para renovar su permiso de residencia. Las consecuencias del rechazo llevaron a la paralización del proceso, con lo cual Ranjit Singh perdió la posibilidad de optar a ayudas sociales que el Estado francés le concedió hasta 2005 (fecha de la no renovación) y que estaban previstas para personas en la misma situación financiera que la del demandante, con lo que se abría la posibilidad de estar ante un caso de discriminación indirecta.

6.2.- El funcionariado y las instituciones del Estado.

La comparecencia portando signos de adscripción religiosa ante instituciones del Estado como pueden ser los tribunales de justicia o las asambleas legislativas ha generado una importante controversia acerca de la legitimidad de la postura de quienes pretendían presentarse de esta manera. En este caso las dimensiones espacial y personal de lo público adquieren una importancia capital ya que no es lo mismo que la pretensión la sostenga un miembro de un tribunal de justicia, alguien que comparece cono testigo o bien como asistencia letrada. Son estos dos los casos que han tenido reflejo en la experiencia española hasta el momento. En ambos casos el magistrado que tuvo que tomar postura fue el mismo, Javier Gómez Bermúdez, y en las dos situaciones se apeló a la discrecionalidad que la legislación española da a los jueces en las comparecencias ante el estrado.

[406] Decisión del CDHNU, caso *Ranjit Singh c. Francia*, de 27 de septiembre de 2011, com. nº 1876/2000, CCPR/C/102/D/1876/2009.

A través de los medios de comunicación se conoció el caso de la señora Fátima Hssisni quien compareció como testigo en el juicio que en 2009 tenía lugar en la audiencia nacional en contra de varias personas acusadas de pertenecer a células terroristas relacionadas con el yihadismo. La testigo viste habitualmente un *niqab*, prenda que no deja ver su rostro. El magistrado le indicó que no podía testificar de esa guisa ya que al no tener contacto directo con su expresión facial no podía aseverar la veracidad de su testimonio. Ante la negativa de la mujer, el magistrado le invitó a abandonar la sala, no sin apercibirle de la posibilidad de imputarle un delito de desobediencia. Tras reunirse con el juez, finalmente la señora Hssisni acudió la semana siguiente a prestar su testimonio con el óvalo de la cara a la vista del tribunal, pero de espaldas al resto de la sala[407].

Unas semanas después, dentro del mismo proceso, se vivió un nuevo incidente relacionado con la vestimenta de SDAR. En este caso fue una letrada, Zoubida Barik, que se sentaba en el estrado como asistente de unos de los abogados que defendían a una de las partes. El juez la interpeló diciendo que no podía permanecer allí con el atuendo que llevaba, de manera que debía abandonar su puesto y seguir el proceso desde el lugar reservado al público. Así lo hizo la abogada que posteriormente presentó una denuncia ante el consejo de inspección del Consejo General del Poder Judicial y un recurso de alzada ante la sala de gobierno de la Audiencia Nacional. La desestimación de ambos procedimientos llevó a la letrada a presentar un recurso contencioso-administrativo especial de tutela de los derechos fundamentales ante el TS.

El TS no va a entrar en la cuestión de fondo y va a desestimar la pretensión de la demandante por cuestiones de forma. En cualquier caso queda claro que la normativa vigente (artículo 37 del Estatuto General de la Abogacía y el artículo 33 del Reglamento 2/2005 de Honores, Tratamiento y Protocolo en actos judiciales solemnes) ni prohíbe ni permite expresamente a los letrados la exhibición de cualquier prenda en la cabeza, de forma que queda bajo la potestad de la presidencia del tribunal el decidir sobre la cuestión acerca de si el letrado en cuestión viste adecuadamente o no. Consecuentemente, el acuerdo verbal impugnado fue adoptado por la presidencia en virtud de las competencias

[407] Agencia EFE "Una testigo se niega a levantarse el burka para declarar ante la Audiencia Nacional" en *Público*, 23 de septiembre de 2009, disponible en http://www.publico.es/espana/254550/una-testigo-se-niega-a-levantarse-el-burka-para-declarar-ante-la-audiencia-nacional ; Europa Press "La testigo del burka declara sin velo y achaca la polémica a la ignorancia" en *El Mundo*, 28 de septiembre de 2009, disponible en http://www.elmundo.es/elmundo/2009/09/28/espana/1254120351.html

de policía de estrados que le confiere el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dejar a la discrecionalidad de la presidencia del tribunal una cuestión tan relevante para muchas personas como es la posibilidad de comparecer, en el ejercicio de su profesión, con una prenda que supone una manifestación de su libertad religiosa, sugiere muchas dudas acerca de la garantía que estas personas eventualmente van a encontrar al ahora de ejercer un derecho fundamental. Veremos en posteriores capítulos cuál ha sido el enfoque adoptado por los tribunales canadienses cuando se han encontrado con las reclamaciones de letrados o testigos que han comparecido ante ellos con signos dinámicos de adscripción religiosa. En el caso de la señora Barik hay que consignar que acudió al TEDH, que en estos momentos está tramitando su demanda a la espera de pronunciarse sobre la materia.

En la jurisprudencia del TEDH llama la atención el caso de *Kavakçi c. Turquía*[408] en el que se conocía el caso de las parlamentarias del partido turco *Fazilet* que acudieron a la toma de posesión de su escaño en la Asamblea Nacional turca ataviadas con el *hiyab*. Además de impedirles el juramento, el gobierno turco posteriormente ilegalizó el partido político y les despojó del escaño a lo que añadió una restricción de sus derechos políticos. El Tribunal de Estrasburgo fundamentó su fallo en la vulneración del artículo 3 del protocolo del CEDH (derecho a elecciones libres) y no entró en el fondo de la vulneración de otros preceptos, entre otros, el artículo 9.

6.3.- El *burka* y el *niqab*, una nueva dimensión de la otredad. Las prohibiciones de prendas religiosas en la vía pública y los espacios municipales.

La presencia de prendas como el *burka* y el *niqab* en Europa ha puesto en vigor el debate acerca de la compatibilidad de estos atuendos con las necesidades de seguridad pública de las democracias liberales y con los principios de laicidad, igualdad de género o dignidad humana que las inspiran. En consecuencia, Estados como Francia o Bélgica han legislado estableciendo prohibiciones generales a su exhibición pública. En España el poder legislativo no ha considerado hasta el momento regular esta materia ni a nivel estatal ni autonómico. Sin embargo, algunos ayuntamientos han aprobado ordenanzas municipales en las que se ha llegado a prohibir el acceso a equipamientos y espacios municipales a quienes lleven el rostro cubierto. Veremos a continuación la respuesta

[408] STEDH, caso *Kavakçi c. Turquía*, de 7 de abril de 2007, ap. nº 71907/01.

ofrecida por los tribunales de justicia a las demandas presentadas ante este tipo de normativas. El TS tuvo la ocasión de pronunciarse acerca de las ordenanzas aprobadas por el ayuntamiento de Lleida[409] y el TEDH hizo lo propio con la ley francesa ante la demanda interpuesta por una mujer que vestía habitualmente con *niqab*.

6.3.1.- Las prohibiciones generales a través de ordenanzas municipales en España o el espíritu de Esquilache.

> (…) mando, que ninguna persona, de qualquier calidad condición y estado que sea, pueda usar en ningún parage, sitio ni arrabal de esta Corte y Reales Sitios, ni en sus paseos ó campos fuera de su cerca, del citado trage de capa larga y sombrero redondo para el embozo; pues quiero y mando, que toda la gente civil, y de alguna clase, en que se entienden todos los que viven de sus rentas y haciendas, ó de salarios de sus empleos, ó exercicios honoríficos y otros semejantes, y sus domésticos y criados que no traigan librea de las que se usan, usen precisamente de capa corta (que á lo menos le falte una quarta para llegar al suelo), ó de redingot ó capingot, y de peluquín ó pelo propio, y sombrero de tres picos, de forma que de ningún modo vayan embozados, ni oculten el rostro.
>
> Bando de 10 de marzo de 1766[410]

El pleno del Ayuntamiento de Lleida acordó en octubre de 2010 la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia y, a consecuencia de ello, otros tres reglamentos para ser adaptados a la reforma anterior, destinados a limitar el acceso o permanencia en edificios y equipamientos municipales de personas ataviadas con "*velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas*".[411] La

[409] STS de 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2613, op. cit.

[410] "Los códigos españoles concordados y anotados. Tomo séptimo" en *Novísima recopilación de las leyes de España*. Tomo 1. Madrid, 1850.

[411] Art. 26.2 «*La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podrá limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas.*

Estas limitaciones o prohibiciones, que podrán afectar tanto a los prestadores de los servicios públicos como a los usuarios, habrán de ser motivadas y podrán prever excepciones en razón del ejercicio de determinadas profesiones, por seguridad e higiene en el trabajo, por determinadas festividades o por otros motivos justificados.

Los encargados de los servicios informarán a las personas afectadas sobre la prohibición de acceder y permanecer en los espacios o locales portando estos elementos que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual. Si no obstante eso, la persona o personas persistiesen en su actitud, se procederá a requerir la actuación de los agentes de la autoridad. Estos podrán impedir que las personas accedan o permanezcan en los citados espacios, utilizando los medios permitidos por la normativa aplicable y formularán, si es preciso, la correspondiente denuncia, procediéndose posteriormente a la incoación del expediente sancionador».

Art. 27.9 «*Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que*

asociación *Watani por la libertad y la justicia* impugnó estos acuerdos municipales por considerarlos vulneradores de la libertad religiosa. Tras una sentencia desfavorable del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) se presentó un recurso contencioso-administrativo ante el TS por la vía del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Nuestro interés en este caso se centra en la capacidad de los ayuntamientos para limitar el empleo de prendas de motivación religiosa ante la ausencia de una norma estatal o autonómica que así lo prevea. Por un lado, a favor de la pretensión municipal se podía argumentar el principio de autonomía local del artículo 140 CE y el artículo 4.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local. Los artículos 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) atribuyen a los ayuntamientos competencias en materia sancionadora. El ayuntamiento de Lleida aplicaba esas previsiones, limitadas a determinados espacios y servicios municipales, dentro de la regulación prevista en sus respectivos reglamentos. Entendiendo que la ocultación del rostro es un hecho que produce una perturbación de la tranquilidad al no poder identificar a la persona que está a la vista, se entiende que la protección de los derechos de terceros y la seguridad pública (materia ésta última de plena competencia de los ayuntamientos cuando tenga lugar en espacios municipales) eran las causas legítimas que amparaban tal prohibición, ya que ambos elementos son constitutivos del orden público, que es el límite propio de la libertad religiosa prevista en la CE. Así lo entendió también la sentencia del TSJC que avaló el punto de vista ilerdense.

El TS sin embargo pone el acento en la vulneración de la libertad religiosa. Es cierto que al justificar su actuación el ayuntamiento no busca regular el contenido de la libertad religiosa, sino que invoca títulos competenciales que realmente le corresponden. Sin embargo, a pesar de esta salvedad, si la normativa municipal incidiese en el ejercicio de un derecho fundamental estaría extralimitando sus competencias ya que todo el desarrollo del mismo tiene reserva de ley según el artículo 53 CE y no puede ser objeto de regulación directa por una ordenanza municipal. El TS no duda en calificar la vestimenta de *burka* y

impidan la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica»

Art. 102.25 «*Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica*».

niqab como manifestación religiosa cuya práctica es un "*elemento subjetivo de la motivación de la conducta*"[412]. Estima que una prohibición general como la que nos ocupa tiene incidencia en el ejercicio de la libertad religiosa de las personas afectadas. Ante la inexistencia de ley el ayuntamiento no puede establecer por sí mismo limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental. El ayuntamiento, de acuerdo al artículo 139 LBRL, tiene competencia para regular infracciones y sanciones en el marco de la "*ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos*". La regulación aprobada por el pleno municipal excede el interés local, con lo que, de haberse seguido con el criterio de regular esta materia vía ordenanzas municipales, nos habríamos encontrado con que lo que en un municipio es acorde a la Constitución, en el municipio contiguo no lo sería. Consecuentemente el TS estima que el ayuntamiento ejerció las competencias que tenía atribuidas, pero al prescindir de los límites constitucionales que exigen la regulación de un derecho fundamental como es la libertad religiosa hizo lo que no estaba en su mano, es decir, se extralimitó.

Hasta aquí lo referente a la incapacidad de regular materialmente el ejercicio de un derecho fundamental vía ordenanzas municipales sin que haya una ley habilitante. Ahora bien, el TS, sin perjuicio de que en el futuro el poder legislativo decida promulgar una ley sobre la materia y sin pretender prejuzgar los argumentos que en su momento pudiera emplear, hizo una serie de observaciones acerca de los conceptos que, según la sentencia del TSJC objeto del recurso, legitimaban la prohibición establecida en las ordenanzas de acuerdo a los límites establecidos en el artículo 9.2 CEDH. Se hace referencia a tres límites explícitos (seguridad y orden público protegidos por la ley, así como la protección de los derechos y libertades ajenos) y a dos límites implícitos (perturbación de la tranquilidad e igualdad de género). Para el TS no se aportan elementos de juicio que demuestren de manera convincente de qué forma se materializa la amenaza a la seguridad y al orden público. Haciendo suya la jurisprudencia del TC en esta materia, sólo cuando se acredita un peligro cierto para la seguridad es pertinente hacer alusión al orden público

[412] En la doctrina no faltan opiniones contrarias que niegan analizar la vestimenta del *burka* o *niqab* como manifestación de la libertad religiosa por entender que la percepción subjetiva no basta por sí sola y que no hay en los textos islámicos ninguna obligación que conduzca a la obligatoriedad de vestir tales prendas. Areces Piñol, Mª Teresa; "¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa? en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 26, 2011, pp. 1-52.

como límite a la libertad religiosa[413]. La misma consideración se puede hacer respecto de la protección de los derechos y libertades de terceros, ya que su peligro debe ser acreditado. No se puede alegar este límite cuando de lo que se trata, supuestamente, es de proteger los derechos y libertades de las personas que visten el *burka* o *niqab,* ya que la limitación de un derecho fundamental propio no podría estar justificada por la invocación a los derechos de terceros[414].

En cuanto a los límites implícitos, da la impresión de que el TS desconfía de los mismos precisamente por su elevado nivel de abstracción y por la dificultad que este hecho presenta a efectos de su análisis. El argumento acerca de la perturbación de la tranquilidad adolece de demostración sociológica y entra en la categoría de juicio de valor[415]. En ese sentido se recuerda la jurisprudencia del TEDH cuando se ha referido a la necesidad de conciliar las diferentes creencias e intereses existentes en la sociedad y que fue citada en el mencionado caso de *Şahin c. Turquía*.

Para valorar el argumento que defiende la igualdad de género no se puede prescindir del hecho, muy relevante, de la voluntariedad o no de la vestimenta. En caso de que no haya voluntariedad estaríamos, no en el terreno del Derecho constitucional sino en el del Derecho penal y existen elementos de protección suficientes en el Derecho español para proteger a las víctimas que denuncien una coacción en este sentido[416]. En defecto de denuncia, entender que todas las mujeres que visten tal prenda carecen de libre voluntad para elegir su atuendo es un criterio que el tribunal no está dispuesto a compartir. En el pronunciamiento que el TEDH tuvo ocasión de razonar en *SAS c. Francia* se adopta un planteamiento parecido al analizar la igualdad de género.

---

413 STC 46/2011, *op. cit*. FJ 11.

414 STS 4118/2011, *op. cit.* FJ 10.

415 Con respecto al argumento de la perturbación de la tranquilidad que estas prendas provocan en la población se podría añadir que "(…) *se observa en la opinión pública una cierta inclinación social a ignorar las condiciones democráticas que los textos constitucionales imponen al ejercicio del poder limitativo de los derechos fundamentales, y a identificar la democracia con la regla de la mayoría, y no con el gobierno de la mayoría dentro del respeto a la minoría*." Aláez Corral, Benito; "Reflexiones jurídico-Constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa" en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 483-520.

416 Una visión crítica sobre las consideraciones del tribunal acerca de la voluntariedad del uso del *burka* y el principio de igualdad en Rubio Fernández, Eva María; "Jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Público. 3.10. Libertad religiosa. Velo Integral" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2, 2013, pp. 268-272.

Como ha quedado dicho, tales valoraciones del TS lo son como respuesta a los argumentos que, de acuerdo a la sentencia recurrida, justificaban las ordenanzas, aunque la principal razón para la estimación del recurso descansó en la inexistencia de ley habilitante en la materia, de acuerdo al mandato del artículo 53.2 CE, por lo que el ayuntamiento se extralimitó en el ejercicio de sus competencias. Al fallar el primer argumento, previsto por la ley, el TS no avanzó en el test de necesidad ni en la proporcionalidad de la medida[417]. Estos análisis le corresponderían al TEDH en su pronunciamiento sobre la ley francesa, a lo que aludiremos más adelante.

6.3.2.- La vestimenta religiosa en la plaza pública. Caso Ahmet Arslan.

El caso de *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*[418] fue seguido con interés debido a que sus demandantes no pertenecían al funcionariado público ni se encontraban en instalaciones de la administración, sino que eran personas anónimas que circulaban por la vía pública con sus atuendos religiosos. Los demandantes pertenecían al grupo religioso denominado *Aczimendi tarikatı.* Tras una ceremonia religiosa en una mezquita de Ankara pasearon por las calles de la ciudad vistiendo los atuendos religiosos propios de su fe. Tras varios incidentes ocurridos ese día fueron detenidos y se les abrió un procedimiento penal por vulnerar la legislación antiterrorista. Comparecieron ante los tribunales turcos y fueron condenados, entre otras cosas, por negarse a quitarse los turbantes cuando fueron requeridos a ello.

El TEDH entendió probado que algunas de las condenas que habían recibido los miembros de este grupo no tenían que ver con la indisciplina o con la desobediencia a la autoridad sino con la forma en la que aparecieron vestidos en la vía pública, contradiciendo así la normativa en vigor. La medida, en consecuencia, estaba prevista por la ley y perseguía, aceptando el razonamiento de las autoridades turcas, un fin legítimo como es la protección de la seguridad pública, la prevención de los desórdenes, así como los derechos y libertades de terceros. Es en el test de necesidad donde el tribunal atendió a las circunstancias del caso. Apreció que el carácter de los demandantes como ciudadanos anónimos transitando las calles de una ciudad implicaba que no podría basarse

[417] Fernández Rojo, David; "Pertinence of a General Prohibition of the *Burqa* and *Niqab* in Spain: A Human Rights Perspective" en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, nº 12. Bilbao: Universidad de Deusto, 2014, pp. 209-234.

[418] STEDH, caso *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*, 23 de febrero de 2010, ap. nº 41135/98.

en los precedentes existentes en los cuales las prácticas religiosas estaban condicionadas por los espacios en los que se querían ejercer (centros docentes públicos, aeropuertos) y por la condición personal de los ejercientes (funcionariado, alumnado, empleados). Tampoco hay posibilidad de apreciar el conflicto entre valores inspiradores del Estado, como el principio de laicidad, para cuya valoración se ha otorgado tradicionalmente un amplio margen de apreciación a los Estados miembro. Aunque el magistrado Popovic emitió un voto discrepante al entender que, en esta materia, en la que entraba en juego la seguridad del Estado y la preservación de los valores laicos del Estado turco, sí que se debería imponer el mencionado margen de discrecionalidad, la mayoría del tribunal optó por centrar el análisis de la necesidad de la medida ante los hechos probados que concurrieron en el caso.

De ahí se deduce que no consta que la actitud de los demandantes al vestir sus ropas fuese proselitista o amenazadora para el orden público. No consta que los viandantes sufriesen presiones abusivas y, consecuentemente, el tribunal califica lo acontecido (individuos ataviados con vestimentas religiosas transitando por la vía pública) como una "*curiosidad*". Con este término quiso subrayar lo inocuo de su contenido y el hecho de que sus atuendos no representaban ninguna autoridad religiosa reconocida por el Estado. De esta forma no se entendió establecida la necesidad de la medida y se amparó a los demandantes por la vulneración de su libertad religiosa.

El caso de *Ahmet Arslan* se contempló con esperanza ya que se entendía que su razonamiento podía ejercer alguna influencia en la decisión que tomase el mismo tribunal al analizar el caso de *SAS c. Francia*. El rechazo a la aplicación preventiva del orden público, la consideración de los hechos que concurren en el caso en lugar de centrar el análisis en conceptos indeterminados como el principio de laicidad y el dejar de lado el margen de apreciación estatal podían llevar a pensar que el TEDH podía estar pensando en atribuir un peso propio en la balanza a la libertad religiosa al ejecutar el test de necesidad para, a continuación, medir en el otro lado de la balanza los bienes jurídicos en conflicto en virtud de las circunstancias concretas. Efectivamente, en el pronunciamiento de *SAS c. Francia*[419] el tribunal va a continuar con una concepción cada vez más abierta de la libertad religiosa y de su ejercicio, aunque, por el contrario, también va a dar un

[419] STEDH, *caso SAS c. Francia*, de 1 de julio de 2014, ap. nº 43835/11.

paso más en su creativa labor de avalar límites implícitos para la libertad religiosa dotados de una considerable carga de abstracción.

6.3.3.- SAS c. Francia. Una aportación creativa a la expansión de los motivos por los que puede limitarse el fuero externo de la libertad religiosa.

> - Mire padre, que nos está amaneciendo al contrario (…)
> - Pues arreglar esto va a llevar su tiempo, ¿eh? Porque esto tiene pinta de ser una avería gorda.
> - Nosotros nos vamos a Francia.
> - Pero, hombre, allí estarán igual, ¿no?
> - Qué va, hombre, qué va. ¿Cómo van a consentir los franceses que ocurra una cosa así? Ellos son mucho más cuidadosos con sus cosas.
>
> José Luis Cuerda - *Amanece, que no es poco*

El 11 de abril de 2011 entró en vigor en Francia la ley nº 2010-1192 de 11 de octubre de 2010 mediante la cual quedaba prohibida la ocultación del rostro en lugares públicos. Una mujer francesa, que alegaba vestir indistintamente *burka* o *niqab*, recurrió la norma. En su demanda alegaba que nadie de su familia o entorno le había coaccionado de ninguna manera para vestir tales prendas. Lo hacía habitualmente y a su elección, de manera que para determinadas tareas (acudir al médico, socializar o al ser sometida a medidas de seguridad) no tenía inconveniente en mostrar su rostro. Sin embargo, entendía que, a diferencia de lo que establecía la ley, tenía derecho a escoger cuándo quería vestir esas prendas. Por ejemplo, durante el Ramadán o cuando quisiese expresar sus creencias en público.

Como contestación a esta exposición de motivos de la demandante el gobierno francés realizó ciertas objeciones preliminares con las que buscaba la inadmisión de la demanda. Interesa detenerse en ellas un instante ya que en su respuesta el tribunal profundizó en la consideración subjetiva de las creencias a proteger por el artículo 9 CEDH que había comenzado a razonar desde *Dahlab* o *Şahin*. El gobierno francés puso en duda la legitimidad de la demandante por entender que no estaba probada su condición de musulmana e incluso llegó a dudar de la seriedad y las consecuencias que la norma tenía sobre ella a la vista de su relato. Al presentarse como "víctima potencial" no tenía la obligación de agotar los remedios nacionales para comparecer ante el TEDH.

En la respuesta a estas objeciones, el TEDH recuerda el criterio de la subjetividad de las creencias amparadas por el artículo 9, siempre que confluya un cierto nivel de sinceridad,

contundencia, relevancia y coherencia. Una vez comprobado este extremo, el deber de neutralidad del Estado le impide entrar a valorar la legitimidad de esas opiniones o las formas a través de las cuales éstas son manifestadas. De acuerdo a lo establecido en el test de *Arrowsmith* el tribunal recuerda que, por descontado, debe darse una relación íntima entre un acto inspirado o motivado por la religión con esas mismas creencias que se dice sostener. Ahora bien, se introduce una matización al aclarar que el concepto "manifestación" de la fe o de las creencias no puede estar limitado meramente a las formas reconocidas por la práctica religiosa ortodoxa y que serán las circunstancias que concurran en cada caso las que determinarán la existencia del nexo necesario entre las acciones y la creencia que manifiestan. En concreto se hace un rechazo explícito a que quienes alegan estar actuando bajo la inspiración de la fe o de las creencias tengan que especificar el precepto u obligación religiosa concreta bajo la cual actúan[420].

Precisamente, en la aplicación de estos criterios al caso que le ocupa, la sentencia entiende que la vestimenta de *burka* o *niqab* está abarcada por el concepto de práctica religiosa, visto que así ha sido motivado por las mujeres musulmanas que lo portan. El hecho de que sea una práctica minoritaria no resulta relevante para el razonamiento jurídico. Aunque la demandante no haya sido aún condenada por la norma impugnada, una prohibición general como la que establece la ley francesa coloca a la demandante en la tesitura de cumplir sus preceptos y, en consecuencia, aceptar la limitación con una forma de vestir que está derivada de sus creencias o bien incumplir la norma y afrontar las sanciones previstas. De esta forma ella se encuentra en una categoría de personas bajo el riesgo de estar negativamente afectadas por la legislación y por analogía a lo establecido en el caso de *Dudgeon c. Reino Unido* y de *Norris c. Irlanda*[421], puede ser considerada como víctima potencial. Con base en este criterio al tribunal no le cuesta afirmar que la normativa francesa provoca una interferencia con la libertad religiosa de la demandante.

En el examen de la necesidad de la medida en una sociedad democrática se analizan los dos motivos que el gobierno francés aduce como legítimos, que son tanto la seguridad pública como el "*respeto para el umbral mínimo de valores de una sociedad democrática*

[420] *SAS c. Francia*, op. cit. §55.

[421] STEDH, caso *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, ap. nº 7525/76; STEDH, caso *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, ap. nº 10581/83.

y abierta"[422]. Mientras el primer motivo no ofrece duda alguna, en relación con el segundo de ellos el tribunal recuerda que los límites explicitados en el artículo 9.2 CEDH son claros y exhaustivos, de manera que cualquier motivo esgrimido por las autoridades debe encontrar amparo en los conceptos que enumera el Convenio. Este segundo motivo puede ser desglosado, de acuerdo al gobierno francés, en tres valores principales: la igualdad de género, el respeto a la dignidad humana y el respeto a los requerimientos mínimos de una vida en sociedad. Todo este compendio de principios puede ser reconducido a la "protección de los derechos y libertades de terceros", límite éste expresamente reconocido en el artículo 9.2 CEDH.

En primer lugar, el tribunal descarta la seguridad pública como causa que haga que la prohibición general de llevar el rostro cubierto sea necesaria en una sociedad democrática. El tribunal, en este caso, acepta que no se ha probado convenientemente la situación de riesgo general para la seguridad y que el mismo sólo tiene pleno sentido en aquellos ámbitos en los cuales la identificación del rostro sea indispensable a fin de evitar daños a la vida y las propiedades de las personas o para combatir el fraude. Ahora bien, fuera de los contextos en los que hay una potencial amenaza a la seguridad pública las prohibiciones generales no se justifican[423]. Efectivamente estamos de acuerdo en que la aplicación del test de necesidad muestra que existen mecanismos en la legislación vigente para salvaguardar la seguridad allí donde es más urgente hacerlo y que representan formas menos gravosas para el derecho fundamental afectado y con las que se alcanza a tutelar el interés legítimo que se quiere proteger.

En segundo lugar, no por resultar sorprendente es menos de agradecer que cuando el tribunal examina la legitimidad de la igualdad de género y de la dignidad humana para avalar una prohibición general en este campo se separe de las afirmaciones realizadas en casos anteriores, como *Şahin* o *Dahlab*, en los que había tenido que vérselas con prendas religiosas musulmanas vestidas por mujeres. En esta ocasión el TEDH hace una reflexión en la que trae a primer término la autonomía de la voluntad de las personas, sin presumir

[422] "*Respect for the minimum set of values of an open and democratic society*". *SAS c. Francia*, op. cit. §114.

[423] Ibíd, § 139. Stephanie Berry ha apuntado convenientemente que el requisito de la prueba al aplicar la seguridad pública como limitación no fue tenido en cuenta en el comentado caso de *Mann Singh c. Francia*. Berry, Stephanie; "SAS v. France. Does anything remain of the right to manifest religion?", en *Blog of the European Journal of International Law*, 2 de Julio de 2014, disponible en http://www.ejiltalk.org/sas-v-france-does-anything-remain-of-the-right-to-manifest-religion/

que el esencialismo que en otras ocasiones se ha atribuido al islam prive a las mujeres de toda capacidad de discernimiento. En esta ocasión sí, una vez establecida la sinceridad de las creencias (y no habiendo elementos que nos hagan creer que media coacción) se entiende que las instituciones públicas no deben pronunciarse sobre la legitimidad de las mismas. Con este punto de partida, la apelación a la igualdad de género como forma de legitimar la activación del límite de la protección de derechos y libertades de terceros no es procedente al prohibir una práctica ejercida de manera voluntaria por las personas implicadas. Este límite, por tanto, no puede servir para impedir a los individuos el ejercicio de sus propios derechos fundamentales. Parecidos razonamientos se hacen al analizar el principio del respeto a la dignidad humana. Efectivamente, la visión de las prendas que cubren el rostro provoca una perturbación de la tranquilidad en las personas que lo observan, pero al ser una expresión de la identidad cultural también es consecuencia del pluralismo propio de una sociedad democrática[424].

Pero la gran aportación de esta sentencia es la manera en la que analiza el concepto de "living together"[425] que, empleado por el poder legislativo francés, encuentra un aval interpretativo en el razonamiento del tribunal para acomodarlo en el requisito de "protección de los derechos y libertades ajenos" especificado por el Convenio en el artículo 9.2. La importancia que el rostro tiene en las dinámicas de interacción social es el dato que, a juicio del tribunal, separa el caso que nos ocupa del precedente con el que más parecido puede guardar, el de *Ahmet Arslan y otros*. Para definir este nuevo concepto el fallo simplemente va a reproducir ciertas frases del memorándum que acompaña al proyecto de ley en las que se afirma que

> *"The voluntary and systematic concealment of the face is problematic because it is quite simply incompatible with the fundamental requirements of 'living together' in French society" (...) the systematic concealment of the face in public places, contrary to the ideal of fraternity, ... falls short of the minimum requirement of civility that is necessary for social interaction"*[426].

Si ya con anterioridad hemos expresado las dudas que nos producen metodológicamente el empleo de conceptos abstractos o más propios de la disquisición de la filosofía política o jurídica, como el principio de laicidad o la dignidad humana, en lugar de la aplicación

[424] Ibíd, § 120

[425] "Vivre ensemble" en la expresión del gobierno francés. Podríamos traducirlo como "Vivir juntos" o más propiamente (aunque sea más largo) como "requerimientos de la vida en común".

[426] Ibíd, § 141

de los hechos probados a los límites explícitos que marca el Convenio, con mayor razón nos resulta cuestionable que el razonamiento del tribunal descanse en un concepto nuevo para cuya delimitación se acude a la definición aportada por una de las partes litigantes. Sin negar peso ni importancia a las preocupaciones expresadas por el gobierno francés, el concepto de "*living together*" adolece de un nivel de abstracción tal que el propio TEDH es consciente de los riesgos que conlleva:

> *"(...) in view of the flexibility of the notion of "living together" and the resulting risk of abuse, the Court must engage in a careful examination of the necessity of the impugned limitation"*[427].

Sin embargo, a pesar de la precaución expresada por el tribunal, su adopción resulta complicada. En primer lugar, porque, como explican los jueces Nussberger y Jäderblom en su voto discrepante, los bienes jurídicos tutelados por "la protección de los derechos y libertades de terceros" deberían ser aquéllos explícitamente reconocidos en el Convenio. No resulta evidente cuáles son los derechos y libertades protegidos por el concepto de "*Living together*". Es más, su generalidad y vaguedad hace que puedan ser varios o ninguno, según la orientación que se adopte. En segundo lugar, porque si, en palabras del tribunal, el listado de elementos limitadores de la libertad religiosa en el 9.2 CEDH es exhaustivo, aceptar un término tan maleable como éste (cuyo ámbito de protección tampoco queda claro) supone una contradicción que afecta a la previsibilidad del régimen de protección de la libertad religiosa[428]. Es cierto que la mencionada exhaustividad no opera en contra de la labor interpretativa del tribunal ni de la concepción del CEDH como un "*árbol vivo*" susceptible de incluir los desarrollos tecnológicos y las percepciones sociales. Ahora bien, la inclusión de elementos que conlleven la limitación de derechos fundamentales no puede suponer un vaciado de contenido que afecte a la misma esencia del derecho en cuestión[429].

Una vez aceptada en la sentencia la legitimidad de la medida, se estudia la proporcionalidad de la misma. El problema es que este segundo test queda condicionado por las limitaciones que ofrece el punto de partida que ha supuesto avalar el concepto de

[427] Ibíd, § 122

[428] Un análisis crítico del empleo del concepto de *Living Together*, así como del resto del argumentario de la sentencia se puede encontrar en Relaño Pastor, Eugenia "Las dos caras del Dr. Jeckyll: las prohibiciones del velo integral a debate" en *Debates Jurídicos*, nº 5, abril 2015, pp. 1-33.

[429] Lo expresó así el TEDH, como apunta Berry, Stephanie, *op. cit.*, en la sentencia del caso *Winterwerp c. Holanda*, de 24 de octubre de 1979, ap. nº 6301/73. § 60.

"*Living together*". Su indefinición y la falta de fijación de su ámbito de protección, así como de los derechos y libertades que con él se entienden tutelados hacen que, como bien apuntan los jueces discrepantes, resulte complicado ponderar si los beneficios obtenidos superan a los perjuicios causados[430]. En este sentido la "*levedad*" de las sanciones previstas por la ley[431], que es empleado como argumento por el tribunal, no resulta un elemento paliativo a efectos de definir la proporcionalidad de la medida ya que el efecto estigmatizador que tiene la eventual acumulación de sanciones (como apunta el voto discrepante) o incluso el escrutinio criminalizador al que son sometidas las mujeres afectadas en las tareas cotidianas (como ha apuntado la doctrina[432]) mantiene vigente el dilema que se les plantea a las mujeres que visten estas prendas acerca de transitar con las mismas por la vía pública o quedarse relegadas en sus casas, siendo ésta última la consecuencia más evidente de la medida. De manera que la ley, lejos de obtener una función emancipadora[433], tiene meramente efectos cosméticos al retirar de los espacios comunes una prenda y unas personas cuya visión es considerada como perturbadora por una parte de la sociedad, restringiendo así el pluralismo que debe ser una característica inherente de toda sociedad democrática. El resultado de ello es la segregación de una parte de la población, con el riesgo de la radicalización de las posturas hacia posiciones menos dialogantes[434].

Si al impacto negativo en la situación de las mujeres afectadas se une, como reconoce la propia sentencia, el reducido número de personas que visten este tipo de prendas en Francia y los peligros de la consolidación de estereotipos relacionados con la comunidad musulmana que, cuando confluyen con otros factores, pueden provocar expresiones de intolerancia e islamofobia, se echa de menos que el tribunal no haya valorado seriamente

[430] *SAS c. Francia*. Voto discrepante de los jueces Nussberger y Jäderblom, op. cit. § 13

[431] El importe máximo de las sanciones pecuniarias es de 150 €, pudiendo ser sustituidas o complementadas, a criterio del respectivo tribunal, por cursos de ciudadanía.

[432] Eva Brems se muestra preocupada por el efecto que la amenaza de imposición de sanciones puede tener en la vida cotidiana de las mujeres afectadas por la prohibición (ir a recoger a los hijos al colegio, hacer compras, socializar con amistades…) así como por el aumento de la discriminación que conlleva en muchas ocasiones estas medidas. Brems, Eva; "Face veil bans in the European Court of Human Rights: The importance of empirical findings" en *Journal of Law and Policy*, nº 22, 2014, pp. 517-551; Brems, Eva; "SAS v. France: a problematic precedent" en *Strasbourg Observers Blog*, 9 de Julio de 2014, disponible en http://strasbourgobservers.com/2014/07/09/s-a-s-v-france-as-a-problematic-precedent/#more-2495

[433] Que, como bien recuerda el tribunal, no es una de las finalidades expresas de la norma impugnada, como se indica en el párrafo 25 del memorándum que acompaña al proyecto de ley. *SAS c. Francia*, op. cit. § 137.

[434] Howard, Erica; "SAS v. France: Living together or increased social division?" en *Blog of the European Journal of International Law*, 7 de Julio de 2014, disponible en http://www.ejiltalk.org/s-a-s-v-france-living-together-or-increased-social-division/

en sus fundamentos el empleo de medidas menos restrictivas para alcanzar el fin que se considera legítimo. En su lugar, una vez más, ofrece dudas el empleo hecho por el tribunal del principio del margen estatal de apreciación. Parece contradictorio que si, como se ha apuntado, el concepto de "*living together*" se presentó con cautela por el TEDH argumentando que era necesario un escrutinio cuidadoso del mismo, después, en la fiscalización de la proporcionalidad de la medida, se remita en su fundamentación a un principio que avala una amplia discrecionalidad[435].

III.- RECAPITULACIÓN.

> Toda la historia de las reglas religiosas es realmente, en cierto sentido, una lucha con el problema del efecto secularizador de la riqueza.
>
> Max Weber – *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*

La jurisprudencia de los tribunales españoles en el ámbito de los símbolos religiosos individuales es muy reducida. Tampoco es abundante la del TEDH y han sido pocos los casos en los que ha entrado a valorar el fondo del asunto o, dicho de otra forma, algunos de los declarados inadmisibles bien habrían merecido una sentencia propia. El hecho de que una persona decida agotar la vía jurisdiccional nacional para emprender el camino hacia Estrasburgo (dedicando en ello no pocos esfuerzos materiales y emocionales) es ya un indicador en sí mismo de la importancia que para ese individuo tiene, dentro de su conciencia, el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de su fe. No es solamente el caso de alguien cuyo acceso a un consulado haya sido denegado, se le haya impedido el paso a la sala de embarque de un aeropuerto o haya visto rechazada la fotografía que ha presentado para renovar su permiso de residencia. Se trata de actos cotidianos cuya realización es considerada incompatible en tanto en cuanto vistan o porten un elemento que es un imperativo de su conciencia. Las repercusiones que esto tiene en el quehacer diario de estos individuos son tan grandes que su caso merece, con independencia de que

[435] Tras la publicación de la sentencia surgieron en breve plazo varias reacciones que expresaban dudas acerca del empleo del concepto de "*living together*" y del margen de apreciación estatal. Además de los textos ya consignados se pueden citar Peroni, Lourdes y Ouald Chaib, Saila; "SAS v. France: missed opportunity to do full justice to women wearing a face veil" en *Strasbourg Observers Blog*, 3 de julio de 2014, disponible en http://strasbourgobservers.com/2014/07/03/s-a-s-v-france-missed-opportunity-to-do-full-justice-to-women-wearing-a-face-veil/ ; Vickers, Lucy; "Conform or be confined: SAS v. France" en *Oxford Human Rights Hub*, 8 de julio de 2014, disponible en http://ohrh.law.ox.ac.uk/conform-or-be-confined-s-a-s-v-france/

después su demanda sea amparada o no, una sentencia motivada en la que sus argumentos encuentren reflejo, a los que se otorgue el peso debido y que obtengan una respuesta específica.

La definición de práctica sigue vinculada al *test de Arrowsmith* aunque paulatinamente se ha ido dando una mayor importancia a la autonomía individual, de manera que poner el acento en la sinceridad y coherencia de unas creencias que no son sino un acto subjetivo propio de la personalidad ha permitido a los tribunales eludir farragosas cuestiones teológicas al tiempo que ampliar el ámbito de protección de la libertad religiosa a las corrientes minoritarias o a las no amparadas por la ortodoxia oficial. De igual forma se han ido dejando de lado valoraciones extemporáneas en las que se venía a poner en duda la legitimidad de las creencias (ejemplo en los casos de *Dahlab* o *Şahin*) con las cuales se prescindía de la neutralidad que los poderes públicos deben exhibir en esta materia.

La legislación establece de manera explícita y exhaustiva cuáles son los límites que legitiman una intromisión en la libertad religiosa de las personas. La existencia de límites implícitos, en la medida en que pretenden proteger derechos o bienes jurídicos que encuentran reflejo en los textos constitucionales, puede ser valorada siempre que pueda ser reconducida o amparada por algunos de los límites explícitos. Con frecuencia encontramos, en los casos que tienen que ver con simbología dinámica de adscripción religiosa, apelaciones al principio de laicidad o a la dignidad humana. Se trata, qué duda cabe, de valores de gran relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, pero también son conceptos abstractos, con cierto nivel de controversia en torno a su definición y cuya aplicación a cada caso concreto puede ser difícil de materializar. Como se ha visto, hay autores que proponen basar los fundamentos jurídicos más en las circunstancias que concurren de manera concreta que en razonamientos abstractos. Igualmente se observa que los valores mencionados, junto con otros como la igualdad de género, aparecen con mayor fuerza cuando la religión interpelada es el islam que cuando concurren otros credos que también requieren de signos y vestimentas notorias como es el caso del sijismo o el judaísmo. Se puede preguntar, a la vista de lo anterior, si la peculiar situación y percepción en torno al islam en Europa no puede estar influyendo el razonamiento sobre esta materia, desgajándolo de las coordenadas puramente jurídicas desde las que habría que gestionar la exteriorización de la libertad religiosa como un derecho fundamental de las democracias liberales. Si esto fuese así se podría añadir que convendría dejar que el Derecho respondiese a aquellas cuestiones a las que, desde su coherencia interna, puede

dar respuesta, mientras que aquellos otros desafíos que las sociedades religiosamente plurales traen consigo deberían ser abordados desde las disciplinas que están en mejor disposición de otorgarles una solución (la educación, la sociología o la antropología).

Al analizar la jurisprudencia existente se ha detectado que la ponderación de la proporcionalidad de las medidas adoptadas no ha seguido, en todas las ocasiones, un camino claro y con frecuencia se ha optado por atajos que permiten llegar con mayor rapidez a conclusiones prefiguradas. En este trabajo se ha propuesto seguir el criterio tripartito de evaluación de la proporcionalidad de las medidas prohibitivas. En primer lugar, se ha de fiscalizar si la medida adoptada es apropiada, atendiendo al fin perseguido[436] y los medios empleados para ello. En segundo lugar, se debería valorar la necesidad de la intromisión con base en dos preguntas: si la medida adoptada es capaz de cumplir la finalidad deseada y si hay alternativas disponibles que sean menos gravosas para el derecho afectado. En tercer lugar, se atendería a la proporcionalidad de la medida cuestionando si el beneficio obtenido con la aplicación de la misma es mayor que la carga soportada por la parte perjudicada.

En ocasiones el test de necesidad aplicado por el TEDH ha estado condicionado por el empleo de la figura del margen nacional de apreciación. No cabe duda de que es un instrumento necesario en una jurisdicción supranacional ante la evidencia de que los Estados firmantes del CEDH carecen de una concepción uniforme en lo referente a ciertas materias y porque, ciertamente, las autoridades domésticas están en mejor disposición de valorar determinadas cuestiones técnicas o ciertas claves nacionales que los jueces que deliberan en una ciudad alsaciana. Pero también es verdad que esa comprensible discrecionalidad estatal no puede ser empleada para evitar entrar en el fondo de ciertos asuntos y eludir así el necesario establecimiento de estándares europeos.

Una pregunta que queda, por ahora, en el aire después del razonamiento realizado es si la aplicación del test de proporcionalidad de la manera en la que se ha presentado y que supone comprobar la eventual existencia de alternativas menos gravosas para el derecho fundamental afectado o *least restrictive means* (un enfoque reconocido por el TC y por el TEDH) no requiere, en su misma concepción, la adopción de medidas de acomodo allí donde sea posible. Si la práctica establecida por una norma (entendida en un sentido

[436] Un interés preponderante del Estado definible como *pressing social need* o *compelling State interest* y materializado en un derecho o bien jurídico objeto de protección constitucional.

amplio) persigue un fin legítimo y es necesaria en la medida en que da cumplimiento a la finalidad deseada, pero al testar la proporcionalidad de la misma se llega a la conclusión de que podía haber otras opciones disponibles, podemos preguntarnos si hay obligación de valorarlas o no. En la mayoría de los casos que hemos estudiado no se ha llevado el razonamiento hasta ese extremo. Por ejemplo, en el analizado caso de *El Morsli c. Francia*, la demandante aceptó la obligación de someterse al control de seguridad para acceder al consulado, aunque pidió que, en atención a sus creencias, la evaluación la llevase a cabo una mujer. Es cierto que ninguna norma obligaba a la administración francesa a aceptar, ni siquiera a valorar, la propuesta que hizo la señora Morsli, pero también se puede argumentar que, teniendo en cuenta que se estaba produciendo una interferencia con un derecho catalogado como fundamental y en atención al principio de proporcionalidad el tribunal podía haber valorado la carga que suponía para las autoridades consulares atender la petición que se les hizo llegar, puesto que en caso de haber estado en su mano tal medida, aparentemente se habrían podido conciliar ambos extremos. No llega hasta ese extremo el razonamiento del TEDH, ya que la apelación a la seguridad pública, citando como precedente a *Phull c. Francia*, se opone como límite legítimo a la libertad religiosa sin valorar los hechos que concurren a la luz de los test de necesidad y proporcionalidad. La petición de ser atendida por una agente femenina se deja al arbitrio del margen de discrecionalidad de Francia en esta materia. Por último, si atendemos a la proporcionalidad *stricto sensu* de la medida podemos observar que sus efectos para la señora Morsli no consistieron simplemente en impedirle el acceso a unas instalaciones públicas, sino que le impidieron cumplimentar los trámites para la reagrupación familiar con su marido, residente en Francia.

La conclusión de que el examen en torno a la necesidad y proporcionalidad de las medidas podría llegar a demandar cierta flexibilidad o acomodo de las peticiones de los grupos minoritarios se dejó entrever en la sentencia del caso *Jakóbski c. Polonia*[437]. El demandante era un preso budista que solicitó a las autoridades de la cárcel que se le sirviera un menú vegetariano, acorde con sus creencias. En las ocasiones en que su petición fue atendida se le sirvió un menú libre de cerdo, pero con cierto contenido de carne que también se ofrecía a los presos musulmanes. Las siguientes afirmaciones del tribunal nos resultan de interés:

[437] STEDH, caso *Jakóbski c. Polonia*, de 7 de diciembre de 2010, ap. nº 18429/06.

> *The Court notes that his meals did not have to be prepared, cooked and served in a prescribed manner, nor did he require any special products (…) he was not offered any alternative diet, nor was the Buddhist Mission consulted on the issue of the appropriate diet. The Court is not persuaded that the provision of a vegetarian diet to the applicant would have entailed any disruption to the management of the prison or to any decline in the standards of meals served to other prisoners. (…) the Court finds that the authorities failed to strike a fair balance between the interests of the prison authorities and those of the applicant, namely the right to manifest his religion through observance of the rules of the Buddhist religion.*[438]

Es cierto que el entorno en el que este caso tiene lugar (la prisión) y la relación de sujeción especial existente entre el Estado y las personas presas es un condicionante de importancia en el fallo adoptado. Sin embargo, no se puede perder de vista que con el razonamiento del tribunal se deja entrever la posibilidad de que el hecho de no valorar la eventual existencia de alternativas menos gravosas supondría una aplicación incompleta del principio de proporcionalidad en la limitación del ejercicio de derechos fundamentales. En consecuencia, cabría preguntarse por la necesidad de establecer una obligación entre las partes litigantes acerca de haber agotado las posibilidades de encontrar un acomodo. En la actualidad tal obligación no existe y ello, en una medida importante, lastra el análisis acerca de la proporcionalidad de la medida adoptada inclinando, por regla general, la decisión en contra del ejercicio de la libertad religiosa a fuerza de otorgar casi siempre un peso mayor al lado de la balanza en la que están las medidas limitadoras y sin que las circunstancias que concurren en el caso tengan un peso específico en la decisión final.

El razonamiento que conduce al acomodo de las prácticas religiosas de los credos minoritarios está ligado al principio de igualdad ya que una norma que establece un estándar de comportamiento idéntico para todo el mundo puede no llegar a valorar las dificultades que encuentra un grupo concreto de personas. Esta cuestión fue reconocida por el TEDH en el comentado caso de *Glor c. Suiza* en el que estudió la vulneración del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 8.

> *The Court considers that in order for a measure to be considered proportionate and necessary in a democratic society, there must be no other means of achieving the same end that would interfere less seriously with the fundamental right concerned.* (…) *the Court considers that in the present case the domestic authorities failed to strike a fair balance between the protection of the interests of the community and respect for the Convention rights and freedoms of the applicant, who was not allowed*

[438] Ibíd, § 52-54.

> *to do his military service, or civilian service instead, but was nevertheless required to pay the exemption tax. It takes into account the particular circumstances of the case, including: the amount payable – which was not a negligible sum for the applicant – and the number of years over which it was charged; the fact that the applicant was willing to do military or civilian service; the lack of provision under Swiss law for forms of service suitable for people in the applicant's situation, and the minor role the tax plays nowadays in terms of preventing or compensating for the avoidance of compulsory national service*[439].

Salvo el comentado precedente de *Thlimmenos c. Grecia*, el Tribunal de Estrasburgo no ha apreciado una violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 9. En aquella ocasión se entendió que existió discriminación cuando el Estado no fue capaz de tratar al demandante, sin causa objetiva y razonable, de manera diferente a otras personas que también tenían antecedentes penales[440]. La figura de la discriminación por indiferenciación tiene paralelismos con la de la discriminación indirecta.

La búsqueda (o no) de un equilibrio entre los intereses públicos y los demandados por una minoría de la población, que en muchas ocasiones no ha participado en la creación de esos estándares de comportamiento, puede decantarse por una sensibilidad asimilacionista que exija a las personas discrepantes que busquen encaje en los requisitos establecidos por la mayoría o puede optar (en el extremo opuesto) por avalar ciegamente el particularismo dando pie a una estratificación social con base, en este caso, en la creencia religiosa. La opción que se defiende aquí es un camino que pondere los bienes en conflicto teniendo en cuenta que la libertad religiosa y la efectiva equidad en esta materia deben partir tanto de un principio de igualdad moral de los diferentes posicionamientos religiosos, salvo prueba en contrario, pero también del hecho de que esos diferentes credos han tenido un punto de partida diferente en el establecimiento de las normas de las que la mayoría legítimamente se ha dotado. Este convencimiento necesariamente exige un esfuerzo a las partes.

Las posibilidades que ofrece la religión como campo prohibido contra la discriminación es un camino que aún no ha sido emprendido ni por la jurisprudencia española ni por la del Tribunal de Estrasburgo, aunque en el capítulo 5 analizaremos algunos avances en esta materia. Ya se ha visto en el capítulo 1 cómo a través de dos directivas comunitarias

[439] *Glor c. Suiza*, op. cit. §94-96.
[440] *Thlimmenos c. Grecia*, op. cit. §47.

se transpuso en el Derecho doméstico la figura de la discriminación indirecta que podría dar pie a reconocer la existencia de discriminación allí donde una norma de apariencia neutral pudiera ocasionar una desventaja a una persona respecto de otras por razón, entre otros ámbitos, de religión, sin que pueda pasar un test de objetividad que consiste en que no responda a una finalidad legítima y que los medios empleados no sean adecuados o necesarios. Esta figura tiene reconocimiento legal en el ámbito laboral y en el acceso a bienes y servicios.

Muchos conflictos en el terreno laboral conllevan la imposición de sanciones o la terminación de la relación en forma de despido. Al testar la necesidad de la medida nos podemos preguntar si la mayor pena imponible en el campo profesional (la pérdida del puesto de trabajo por incompatibilidad entre los dictados de la conciencia con los requerimientos laborales) podía ser paliada mediante actuaciones menos estrictas, pero igualmente eficaces para lograr el objetivo propuesto. Incluso, aunque esto es un tema controvertido, si la negación de una medida de acomodo cuando ésta fuese posible podría ser considerado como causa de discriminación. Es en este punto en el que entra la posibilidad de cargar a las partes con la obligación de demostrar que se han intentado medidas de acomodo que concilien ambos intereses siempre que ello sea posible. Concretamente, una figura análoga está reconocida en la ley 62/2003 pero solamente para casos de discapacidad en la empresa. Un texto incorporado como artículo 37 bis a la ley 13/1982[441]:

> *1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad.*
>
> *2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*
>
> *Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con*

[441] Ley de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

> *discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.*

Toda vez que esta figura, con el nombre de *acomodo razonable*, ha encontrado reconocimiento incluso en el campo de la manifestación religiosa tanto en Estados Unidos como en Canadá, interrumpiremos en este punto nuestro tránsito por el ordenamiento español y el propio del CEDH para analizar su origen en cada uno de estos dos países, así como su aplicación a los casos de signos dinámicos de adscripción religiosa. Para acotar nuestro objetivo nos centraremos en un estudio de caso de las demandas planteadas por la comunidad sij, que tiene una notable representación en estos dos Estados desde hace décadas, razón por la cual existe una casuística y una jurisprudencia de la que se pueden sacar interesantes conclusiones. Como se ha comentado, la observancia de la fe sij supone la aceptación de ciertos atuendos y signos que, en ocasiones, presentan conflictos con normas de actuación o de seguridad en espacios públicos. Esta simbología los visibiliza y los hace muy notorios, aunque el hecho de que sean los varones quienes tienen la obligación de portarlos hace que los debates en torno a su empleo giren más acerca de las limitaciones a su uso como ítems religiosos, frente a la libertad que ampara su exhibición, que a otras consideraciones que interfieren el debate cuando la religión aludida es el islam. Es más, la tradición constitucional e histórica, así como el significado, que presenta la libertad religiosa en Norteamérica también resultan elementos importantes que pueden ayudar a interpretar, después de un ejercicio de Derecho comparado, las trabas y cargas históricas que frecuentemente lastran nuestra comprensión del hecho religioso en Europa.

CAPÍTULO 3
EL ACOMODO RAZONABLE EN NORTEAMÉRICA. DESDE SU ORIGEN A SU CONFIGURACIÓN ACTUAL

Contenido

En el presente capítulo nos ocuparemos de analizar la manera en que la figura jurídica del *acomodo razonable* surgió y tomó forma en Estados Unidos y Canadá. Para ello se estudiarán en primer lugar algunos conceptos clave en esta materia como son el espacio público y la presencia de la religión en el mismo, el principio de laicidad y la manera de materializar la neutralidad del Estado frente a los credos religiosos, la propia configuración de la libertad religiosa como derecho fundamental y, finalmente, el principio de igualdad. En segundo lugar, se estudiarán las sentencias que en cada uno de los dos países contribuyeron a marcar el devenir de esta figura, por caminos contrapuestos, en el ámbito laboral. En tercer lugar, se prestará atención a la configuración de la que con posterioridad se ha ido dotando a los diferentes elementos del *acomodo razonable* a fin de mejorar su potencial como herramienta de gestión de la diversidad religiosa.

Sumario

I.- LA DIVERSIDAD RELIGIOSA EN EL ESPACIO PÚBLICO NORTEAMERICANO. 1.- El cielo (no) puede esperar. La gestión democrática de la diversidad religiosa. 2.- El espacio público y la manifestación religiosa en Norteamérica. II.- EL ORIGEN DEL ACOMODO RAZONABLE. EL CAMINO ESTADOUNIDENSE. 3.- La relación del Estado con las confesiones religiosas. Referencia a los credos minoritarios. 4.- La Ley de Derechos Civiles y la prohibición de discriminar. 4.1.- El ideal de la igualdad en la "discriminación por efecto adverso". 4.2.- El alcance de la discriminación por razón de religión. 4.3.- Las dudas de los tribunales de justicia. 4.4.- El congreso lo intenta de nuevo: la enmienda del Título VII en 1972. 5.- La construcción judicial del *acomodo razonable* en Estados Unidos. III.- LA EXPERIENCIA CANADIENSE. 6.- La respuesta canadiense al pluralismo religioso. 7.- El cambio de paradigma del artículo 27 CCDL. El carácter "neutral" de la tradición frente a la libertad religiosa de las minorías. 8.- La ruptura con la igualdad formal. 9.- La apuesta por un acomodo negociado. IV.- EL ACOMODO RAZONABLE COMO INSTRUMENTO PARA LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD RELIGIOSA. V.- PARA CONCLUIR.

I.- LA DIVERSIDAD RELIGIOSA EN EL ESPACIO PÚBLICO NORTEAMERICANO

> No sé si todos los americanos tienen fe en su religión, porque ¿quién puede leer en el fondo de sus corazones? Pero estoy seguro de que la creen necesaria para la conservación de las instituciones republicanas.
>
> Alexis de Tocqueville – *La democracia en América*–

1.- El cielo (no) puede esperar. La gestión democrática de la diversidad religiosa.

El concepto de *acomodo razonable* no es nuevo. Desde hace varias décadas se viene proponiendo como un instrumento válido para una gestión de la diversidad religiosa que sea coherente con los principios democráticos. Su origen se encuentra en la legislación antidiscriminatoria en el ámbito laboral estadounidense y posteriormente fue importado por el Tribunal Supremo de Canadá para terminar convirtiéndose en una expresión de uso común tanto en la esfera pública canadiense como en foros internacionales que debaten sobre las necesidades religiosas de los grupos minoritarios. Sin embargo, llama la atención que, en los dos países mencionados, pioneros para esta figura, haya tenido desarrollos dispares. Sin duda han afectado factores que tienen que ver con las particularidades del ordenamiento jurídico de cada Estado o con el papel que se reserva a las culturas minoritarias en el proyecto social. En este sentido, como instrumento de gestión de la diversidad, el acomodo razonable tampoco ha sido ajeno a la controversia. A lo largo del capítulo nos haremos eco de ella, en primer lugar, al abordar el planteamiento de la cuestión en Estados Unidos y posteriormente al estudiar el enfoque adoptado en Canadá, donde los tribunales han aceptado con mayor convicción esta figura y la han dotado de una sólida construcción jurisprudencial.

La decisión del Tribunal Supremo canadiense de 2006 en el caso *Multani*[442] supuso que el *acomodo razonable* abandonase el ámbito laboral, en el que hasta entonces operaba, para ser empleado como principio inspirador en el conflicto planteado por un joven estudiante sij que aducía como imperativo religioso la necesidad de portar su daga ceremonial (*Kirpan*) en todo momento, incluso en el colegio. En los meses siguientes se desarrolló un vivo debate en el país acerca de la obligación de acomodar las prácticas religiosas. La sensación dominante podría resumirse en la pregunta acerca de si no se había llegado demasiado lejos con las prácticas de acomodo. Se ponía el acento en el

[442] *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256

carácter de privilegio que suponían ciertas concesiones y se cuestionaba hasta qué punto debía ceder la mayoría ante las necesidades de las minorías.

Frente a estas ideas, se oponían quienes defendían que si el multiculturalismo es el proyecto normativo del que se ha dotado el país[443], las personas que con diferentes cosmovisiones coinciden en una sociedad, tratarán de convivir a través de un proceso que necesariamente implica una continua negociación y renegociación[444]. El *acomodo razonable* surge como una de las formas en las que esa negociación se puede llevar a cabo[445].

El gobierno de Quebec quiso salir al paso de la crisis de los acomodos, que en esta provincia estaba adquiriendo características peculiares, con la convocatoria de una comisión de expertos presidida por Charles Taylor y Gerard Bouchard[446]. La comisión dedicó parte importante de sus esfuerzos a la clarificación conceptual de las prácticas de armonización (diferencia entre *acomodo razonable* y ajuste concertado), a la argumentación de lo que entendió como una crisis de percepciones que estaba en el origen de la polémica y, en definitiva, a procurar rebajar el tono de la controversia. Finalmente, tanto para lo bueno como para lo malo, el empeño de la comisión y la expectación generada en torno a sus trabajos fueron un factor relevante en la popularización de la retórica del *acomodo razonable* en la esfera pública, no sólo en Quebec y Canadá sino,

[443] El artículo 27 de la Carta canadiense de Derechos y Libertades contiene lo que se ha denominado "Clausula multicultural". A tenor de ella, el contenido de la Carta deberá ser interpretado de manera que respete el patrimonio multicultural de la sociedad canadiense.

[444] Bakht, Natasha; "Facing public opposition to the niqab" en Beaman, L. (ed.) *Reasonable accommodation. Managing religious diversity.* Vancouver: UBC Press, 2012, p. 71

[445] Varios autores han reflexionado sobre las herramientas disponibles para gestionar esta realidad. Se puede destacar la puesta en valor de la legislación internacional existente dedicada a proteger los derechos de las minorías (Kymlicka, Will; *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona: Paidós, 2009, pp. 41-69) o bien las contribuciones que reflexionan sobre la manera de interpretar el papel de la institución de la ciudadanía en las sociedades contemporáneas (Puyol González, Ángel; "Los deberes del ciudadano con la humanidad" en Camps, V. (ed.) Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales. Madrid: Trotta, 2010, pp. 55-89). También se ha analizado la oportunidad de exportar el instrumento del *acomodo razonable* a Europa a partir de una valoración crítica de su papel en el proceso de pluralización democrática. Ruiz Vieytez, Eduardo J. "Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 18, 2009, pp. 1-22.

[446] Ya nos hemos referido con anterioridad a la conocida popularmente como Comisión Bouchard-Taylor. Su nombre oficial fue *Consultation Commission on Accommodation Practices related to cultural differences*. Fue creada en febrero de 2007. Su encargo consistió en retratar las prácticas de acomodo que se llevaban a cabo en Quebec, analizarlas a la luz de las experiencias de otros países, realizar una vasta consulta sobre este asunto y finalmente formular recomendaciones al gobierno.

por extensión, en muchos otros ámbitos geográficos en los que se debaten estas cuestiones[447].

En cualquier caso, las críticas a la figura del *acomodo razonable* no sólo han llegado de parte de quienes lo consideran un exceso. También se han dejado escuchar aquellos que lo consideran deficitario. Day y Brodsky expresaron sus dudas acerca de este instrumento por no tener en cuenta el contexto social ni las relaciones de dominio al confrontar la lucha contra la discriminación[448]. La obligación de acomodar supone que son los grupos mayoritarios (o dominantes) los que imponen las normas sociales y son también quienes deciden cuáles son las concesiones gestionables que se pueden ofrecer a aquéllos que tienen necesidades "diferentes".

Si queremos valorar el potencial que este instrumento puede tener en la gestión de las necesidades derivadas de la diversidad religiosa y, más concretamente, en la valoración de la pertinencia o no del empleo de signos dinámicos de adscripción religiosa, resulta oportuno analizar cómo y en qué contexto surgió y tuvo su desarrollo el *acomodo razonable* en los dos países en los que ha tenido aplicación. No hay que perder de vista que tanto en Estados Unidos como en Canadá el pluralismo religioso es un hecho socialmente perceptible e inherente a los mismos desde su misma constitución como Estados. Para comprender los factores que provocaron que surgiera esta figura jurídica, así como las circunstancias y debates que contribuyeron a dotarla de contenido en cada país, se analizará en primer lugar la manera en que el pluralismo religioso ha configurado el espacio público en Norteamérica y sus diferencias con la experiencia europea. En segundo lugar, se prestará atención al encaje constitucional de la libertad religiosa y la forma en que su formulación ha condicionado la relación del Estado con las confesiones religiosas. A continuación, se estudiará el ideal de igualdad por el que se ha optado en cada uno de los casos y su aplicación práctica a la diversidad de manifestaciones religiosas. Finalmente se examinarán las sentencias que, en cada uno de los países, han contribuido a dar forma a la obligación de acomodar.

[447] Beaman, Lori G.; "Exploring Reasonable Accommodation" en Beaman, L.G. (ed.) *Reasonable accommodation. Managing religious diversity.* Vancouver: UBC Press, 2012, pp. 1-12.

[448] Day, Shelag y Brodsky, Gwen; "The duty to accommodate: who will benefit?", *The Canadian Bar Review*, vol. 75, 1996, pp. 433-473

2.- El espacio público y la manifestación religiosa en Norteamérica

Merece la pena reflexionar sobre la gestación histórica del concepto de espacio público[449] en Norteamérica y Europa. Una pista interesante nos la ofreció la formulación de la libertad religiosa y de conciencia tal y como fueron positivadas en las primeras declaraciones de derechos, que reflejamos al inicio del capítulo 1. Como se pudo ver entonces, tanto la formulación escogida por la Declaración de Derechos de Virginia como la posterior primera enmienda de la Constitución estadounidense se mostraban preocupadas por declarar la libertad religiosa positiva (*freedom of religion*) así como su dimensión negativa (*freedom from religion*). Por su lado, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano formula el ámbito de ejercicio de la libertad de conciencia enfrentada a la limitación legítima a la que podría ser eventualmente sometida siempre y cuando altere el orden público establecido por la ley.

En la concepción francesa se puede rastrear el reflejo de las implicaciones que para Rousseau tiene la existencia del contrato social y la lealtad que la ciudadanía debe al ideario de la nación

> *En efecto, cada individuo puede, como hombre, tener una voluntad contraria o desigual a la voluntad general que posee como ciudadano: su interés particular puede aconsejarle de manera completamente distinta de la que le indica el interés común; su existencia absoluta y naturalmente independiente puede colocarle en oposición abierta con lo que debe a la causa común como contribución gratuita, cuya pérdida sería menos perjudicial a los otros que oneroso el pago para él, y considerando la persona moral que constituye el Estado como un ente de razón - puesto que éste no es un hombre- gozaría de los derechos del ciudadano sin querer cumplir o llenar los deberes de súbdito, injusticia cuyo progreso causaría la ruina del cuerpo político*[450].

Una concepción que aún en la actualidad está presente en los debates que se llevan a cabo en la esfera pública francesa y que ponen en conexión el espacio público con el elenco de derechos y deberes que implica el hecho de vivir en una sociedad democrática. La siguiente reflexión fue aportada por las autoras feministas Anne Viguerie y Anne

[449] De cuya definición nos ocupamos en el capítulo 2.

[450] Rousseau, Jean-Jaques; *El contrato social o principios de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 18.

Zelensky a propósito de la polémica acerca de la vestimenta del *hiyab* en Francia y su adecuación al principio de laicidad.

> *La laïcité suppose un espace public neutre, libre de toute croyance religieuse, où évoluent des citoyens soumis au même traitement, qui partagent des droits, des devoirs communs et un bien commun, qui les placent au- delà des différences discriminantes.*[451]

Tal concepción del espacio público permea la política cultural francesa y resulta de importancia para considerar la manera en que la presencia de simbología religiosa dinámica es afrontada en el país vecino. En este sentido David Gordon[452] hace una interesante aportación al poner el acento en las numerosas ocasiones en las que el término "espacio público" es empleado en el informe de la Comisión Stasi[453] así como en la importancia que este concepto tiene en la argumentación del informe que resultó de su trabajo[454]. En lo relativo a la manifestación religiosa, el texto del informe concebía de la siguiente manera las obligaciones de la ciudadanía francesa.

> *El ciudadano obtiene con la laicidad la protección de su libertad de conciencia; en contrapartida debe respetar un espacio público que todos puedan compartir (...) Aceptar la adaptación de la expresión pública de sus peculiaridades confesionales y el poner límites a la afirmación de su identidad permite a todos compartir el espacio público*[455].

El mismo historiador estadounidense advierte de la inexistencia de tal figura de espacio público (en la que se exhorta a dejar de lado las afiliaciones personales) en la cultura política de su país. Mientras el mandato de neutralidad interpretado en Francia conlleva la preservación de la laicidad del Estado, en Estados Unidos tal imperativo es formulado en términos de evitar que el Estado muestre cualquier favoritismo hacia una confesión

---

[451] Vigerie, Anne y Zelensky, Anne; "Laïcardes puisque feministes" en *Le Monde*, 30 de mayo de 2003, disponible en http://www.c-e-r-f.org/voilelaicardes

[452] Gordon, David; "Why is there no headscarf affair in the United States?" en *Historical Reflexions*, vol. 34, nº 3, 2008, pp. 37-60.

[453] La Comisión de reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad en la República debe su nombre popular a su presidente Bernard Stasi. El informe final le fue presentado al presidente de la República francesa, Jacques Chirac, el 11 de diciembre de 2003.

[454] Gordon, David; *op. cit.* p. 42 "*In fact, the concept of public space is a core part of the justification of the ban. The term is often used in capsule descriptions of why good French citizens ought to refrain from expressing their religious views in certain places*".

[455] Traducción disponible en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (dir.) *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi.* Pamplona: Lete, 2004, pp. 323-324.

religiosa. En esta concepción no existe la preocupación por eliminar a la religión de las instituciones públicas, hecho que por el contrario caracteriza a Francia.

Un elemento que resulta de interés para comprender las dinámicas de las tradiciones que estamos comparando se produce en los procesos de separación entre el Estado y las confesiones religiosas. David Martin[456] llama la atención acerca de la forma en que la tradición religiosa de cada país ha moldeado las dinámicas que han condicionado la deriva hacia una sociedad secularizada y ha dado forma, incluso, a sus instituciones. En este sentido aprecia una diferencia entre aquellos países en los que el cristianismo católico ha sido mayoritario y confesional (acompañado de su característica uniformidad propia del ideal de universalidad que define a este credo) y aquellos otros países de tradición protestante en los que ha habido (forzosamente) una mayor tradición de pluralismo religioso. Para Martin el monopolio de la Iglesia Católica en Francia tras la revocación del Edicto de Nantes encuentra su reflejo en la omnicompetencia del Estado secular configurado en la Tercera República y la expulsión del espacio público de las expresiones religiosas. Esta "mutación secular" de las estructuras religiosas explicaría igualmente, según el autor británico, cómo en el lado protestante se pasó del carácter inclusivo que ostentó el monopolio luterano en Escandinavia a la protección del Estado de bienestar de inspiración social-demócrata, o la manera en que el pluralismo religioso en Alemania o Suiza se transformó en Estados de carácter federal. Por su parte la flexibilidad del sistema político británico se entendería a partir de los esfuerzos incluyentes de la Iglesia Anglicana por comprender a los disidentes[457].

Abundando en esta línea, Champion[458] y Godbout[459] comparan dos patrones diferentes de avance en la neutralidad religiosa del Estado, en los que el aspecto terminológico tiene su importancia. El término *laicidad* (y sus derivados) es empleado en aquellos países que provienen de una tradición mayoritariamente católica mientras que en aquéllos de

[456] Martin, David; *On secularization. Towards a revised general theory.* Aldershot: Ashgate, 2006.

[457] *Ibíd.*, p. 80. "*Another example of secular mutation is the way the inclusive scope of Lutheran monopoly in Scandinavia has been fused with and replicated by the inclusiveness of Social Democracy and the welfare state. Again, in Germany, Holland and Switzerland religious pluralism is mirrored in the federal character of the state. In England the attempt of the Reformed Anglican Church to accommodate and comprehend' an inclusive middle, and the eventual evolution of that into an accepted rivalry of church-state establishment with religious non-conformity, became mirrored in the flexibility of the political system and its concept of loyal opposition*".

[458] Champion, Françoise; "Les rapports Église-État dans les pays européens de tradition protestante et de tradition catholique : essai d'analyse" en *Social Compass*, nº 40, 1993, pp. 589-609.

[459] Godbout, Jacques T.; "Qui a peur de la communauté" en *Théologiques*, vol. 6, nº 1, 1998, pp. 29-38.

tradición anglosajona y protestante resulta ajeno a su léxico jurídico-político. Godbout[460] apunta que el modelo democrático y de implantación de derechos humanos de tradición anglosajona está orientado a la oposición, a la búsqueda de medios para evitar el abuso por parte de las instituciones gubernamentales. El sistema del *common law* se configuró con base en la oposición crítica frente a la arbitrariedad del poder real[461] y en el precedente (en la concatenación de casos particulares) frente a la pretensión de universalidad francesa, que rechaza los casos particulares y los particularismos. Por su parte la Francia postrevolucionaria creó un nuevo poder, un nuevo paradigma, y su preocupación, más que en la limitación del abuso de poder, se encuentra en la instauración de un nuevo orden universal que caracterice a aquellas sociedades guiadas por un buen gobierno. De esta forma, los límites al abuso de ese nuevo poder estarán en el interior de ese mismo orden político y no en el exterior, como es el caso del *common law*.

Siguiendo estos patrones, Françoise Champion argumenta que la Iglesia Católica ha sido tradicionalmente un proyecto transnacional y jerarquizado. Su vocación universal e integral para el ser humano (en la medida en que busca regular todos los aspectos de la vida social) la sitúa en un terreno de competencia con el propio Estado. Es por ello que el proceso de emancipación de la sociedad respecto de la Iglesia precise extraer al individuo de manera completa del "paraguas" de la religión. La laicidad predica el cese de la sumisión del individuo a la influencia de la Iglesia, de forma que conlleva una inevitable tensión entre fuerzas clericales y anticlericales. De esta forma la laicidad no sólo critica a la Iglesia Católica, sino que proyecta una mirada desconfiada sobre el resto de religiones y predica su expulsión del espacio público a fin de desvincularlas de una función rectora que sólo las instituciones del Estado están facultadas para liderar. En consecuencia, aquellas lealtades particulares de la ciudadanía (más allá de las debidas al Estado) deben ejercerse en la esfera privada. La lucha de los Estados-nación por deshacerse de las influencias transnacionales de la Iglesia Católica tomó la forma del anticlericalismo.

El análisis de Champion abunda en que las dinámicas de la secularización son diferentes en la medida en que los credos protestantes, allí donde fueron prevalentes, no aparecieron como rivales del Estado sino como instituciones en el seno del mismo. No olvidemos que

[460] Ibíd., pp. 31-32.

[461] Como se ejemplifica en la declaración de derechos, *Bill of Rights*, que en 1689 el parlamento inglés opuso a los pretendientes María II y Guillermo de Orange para suceder en el trono al depuesto rey Jacobo II Estuardo.

incluso contribuyeron a esa misma labor de afirmación del Estado y de liberación de las estructuras propias de la Iglesia Católica, por ejemplo, a través del fomento de las lenguas nacionales en las sagradas escrituras en lugar del latín. De esta forma la pérdida de influencia que conlleva la emancipación secularizadora supuso una lucha por el poder de menor intensidad en estos países que en los de tradición católica.

Tales consideraciones pueden ayudar a comprender las diferentes concepciones del papel de las religiones en el espacio público que se dan en Europa occidental y Norteamérica. Como se ha visto, la concepción de la neutralidad del Estado y de la relación del mismo con las confesiones religiosas en uno u otro escenario difieren notablemente. Al referirnos a Norteamérica conviene llamar la atención sobre el caso quebequés. Allí, como analiza acertadamente Solange Lefebvre[462], confluye la influencia de la filosofía liberal anglosajona, al igual que en el resto de Canadá, con su preferencia por las libertades individuales; junto con un estado de opinión favorable a un principio de laicidad influido por los valores del modelo republicano francés (impulsados por una población mayoritariamente francófona y católica). En los últimos años las posturas propicias a articular el principio de laicidad de acuerdo a criterios inspirados por la experiencia francesa han generado un debate que ha sido seguido con atención fuera de Canadá, y que afecta de manera notable al *acomodo razonable*. Será en el próximo capítulo en el que analizaremos alguno de estos debates, en la medida en que afectaron a la manifestación de las creencias a través de signos de adscripción religiosa.

[462] Lefebvre, Solange; "Between Law and public opinion: the case of Quebec" en Beaman, L.G. y Beyer, P. (eds.) *Religion and Diversity in Canada*, Leiden: Brill, 2008, pp. 175-198.

II.- EL ORIGEN DEL ACOMODO RAZONABLE. EL CAMINO ESTADOUNIDENSE.

> La libertad exige mucho de todo ser humano. Con la libertad llega la responsabilidad. Para la persona renuente a crecer, la persona que no desea asumir su propia responsabilidad, es una perspectiva atemorizante.
>
> Eleanor Roosevelt

3.- La relación del Estado con las confesiones religiosas. Referencia a los credos minoritarios.

La importancia que la libertad religiosa tiene en la historia de los Estados Unidos adopta su principal forma jurídica en la primera enmienda de la Constitución.

> *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof…*

Su contenido ofrece dos claúsulas, la *non-establishment clause* que prohíbe que ningún credo tenga el carácter de religión estatal y la *free exercise clause*, que supone una garantía para el libre ejercicio de la libertad religiosa. Estos principios, además de constituirse como derechos fundamentales, suponen criterios inspiradores para los poderes públicos[463]. La garantía de la cláusula del libre ejercicio fue incorporada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos (TSEUA) en *Cantwell v. Connecticut*[464] en la que se reafirmó la distinción entre la condición de creyente y la práctica religiosa:

> *Thus, the Amendment embraces two concepts -- freedom to believe and freedom to act. The first is absolute, but, in the nature of things, the second cannot be. Conduct remains subject to regulation for the protection of society. The freedom to act must have appropriate definition to preserve the enforcement of that protection. In every*

[463] Aunque el texto de la primera enmienda hace referencia al Congreso, el Tribunal Supremo lo entendió también aplicable a la acción de los Estados. Fue en la sentencia del caso *Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)* en la que formuló la *Incorporation Doctrine* a la luz de la decimocuarta enmienda: *"Ningún Estado podrá dictar ni aplicar cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal…".* El término "Libertad" que menciona la enmienda es interpretado como una referencia a los derechos fundamentales incorporados a la constitución a través del Bill of Rights. La libertad religiosa es considerada, a la luz de este razonamiento, como un derecho "*so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental*". Para abundar en esta cuestión ver Ariens, Michael S. y Destro, Robert A.; *Religious Liberty in a pluralistic society*. Durham: Carolina Academic Press, 2002, pp.204-205.

[464] 310 U.S. 296 (1940). El señor Cantwell y sus dos hijos, testigos de Jehová, fueron detenidos por vulnerar las leyes del Estado de Connecticut al estar involucrados en actividades de proselitismo y evangelización.

> *case, the power to regulate must be so exercised as not, in attaining a permissible end, unduly to infringe the protected freedom.*[465]

En lo relativo a la cláusula de no establecimiento nos interesa el fallo de *Lemon v. Kurtzman*, en el que se desgranan los criterios para determinar la constitucionalidad de las normas a fin de que no colisionen con la *establishment clause*[466]. Son tres las preguntas que se deben responder al aplicar este criterio:

a) ¿Tiene la norma una finalidad secular? Es decir, que no haya un propósito religioso.
b) ¿Cuáles son los efectos de la norma? Ésta no debería provocar ni la promoción ni la inhibición de la religión.
c) ¿Provoca la norma una excesiva implicación entre el Estado y las confesiones religiosas?

A diferencia del modelo visto en el capítulo 1, en el que el papel del Estado adquiere un carácter de promotor neutral de la libertad religiosa (obligación positiva de cooperación del artículo 16.3 CE[467]), el esquema estadounidense entiende la libertad religiosa como una libertad negativa. La interacción de ambas clausulas (libre ejercicio vs. neutralidad) ha configurado la relación del Estado con las confesiones religiosas. Una relación que se ha ido modulando en el tiempo según se diese mayor preeminencia a la cláusula de libre ejercicio sobre la de no establecimiento o viceversa[468].

En ocasiones, las creencias y prácticas de grupos religiosos presentes en sociedades democráticas chocan con lo establecido por las normas jurídicas de las que se ha dotado

[465] Ibíd. §303-304.

[466] 403 U.S. 602 (1971). El llamado *test de Lemon* es una de las tres interpretaciones que el TSEUA ha otorgado, a lo largo de su jurisprudencia, a la cláusula de no establecimiento. Siguiendo el criterio de Castro Jover, Adoración; *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*. Madrid: Universidad Complutense, 2005, pp. 67-72, las tres interpretaciones serían la de "estricta separación", la de "neutralidad" y la de "acomodo". Ver también Ariens, Michael y Destro, Robert; op. cit. pp. 288-293.

[467] Papel adjudicado al Estado también por el TEDH: "*The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organizer of the exercise of various religions, faiths and beliefs…"* STEDH *Refah Partisi y otros c. Turquía*, de 13 de febrero de 2003, ap. nº 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98.

[468] Relaño Pastor, Eugenia; "Derechos (humanos) individuales y pluralismo religioso: Conflictos y propuestas" en Ruiz, E.J. y Urrutia, G. (eds.) *Derechos humanos y diversidad religiosa.* Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, pp. 211-246. Para una visión de la jurisprudencia sobre esta materia ver, Morán García, Gloria M.; *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Servicio de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1ª ed., 1989.

la "mayoría"[469]. En esos casos se impone un ejercicio de ponderación entre la libertad religiosa en juego (materializada en una práctica que choca con lo indicado en una norma) y el interés público protegido por esa norma. En la jurisprudencia estadounidense, esta tensión se manifestó en la demanda de ciertas confesiones que se consideraban amparadas por la *Free Exercise clause* para solicitar exenciones en la aplicación de normas de carácter general. Los primeros casos afectaron al caso de la práctica mormona de la poligamia[470] y en el de ciertas prácticas de la Congregación de los Testigos de Jehová[471]. Especialmente interesantes son éstos últimos casos ya que en ellos el Tribunal Supremo comenzó a elaborar los criterios de resolución con arreglo a la cláusula de libre ejercicio cuando se producía una colisión entre el derecho de libertad religiosa con otros principios o normas de organización de Estado. Por medio de un test de proporcionalidad se debería valorar la carga que los intereses regulatorios del Estado imponían sobre los derechos fundamentales implicados. Sólo si la carga parecía razonable bajo las circunstancias concretas, se avalaría la constitucionalidad del precepto.

El caso *Shebert v. Verner* resulta de interés para ilustrar el conflicto que surge cuando ciertas personas se consideran amparadas por la *free exercice clause* para solicitar exenciones en la aplicación de normas de carácter general. La señora Shebert se vio privada de la prestación por desempleo ya que rechazó varias ofertas que requerían estar disponible para trabajar los sábados, día prescrito por su religión como dedicado al descanso semanal[472]. Según la jurisprudencia del TSEUA, en esos casos se impone un ejercicio de rigurosa fiscalización (*strict scrutiny*[473]) en la ponderación entre la libertad

[469] Se emplea éste último término en el sentido de comunidad política que decide sobre el bien común a través de sus instituciones representativas.

[470] *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1879) y *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333 (1890). En ambos casos el Tribunal Supremo avaló la ley contra la poligamia.

[471] En el ya comentado caso de *Cantwell v. Connecticut, op. cit.*, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley que prohibía determinadas prácticas proselitistas, extendidas entre los Testigos de Jehová. En *Minersville Sch. Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940) y *West Virginia Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) se plantearon los casos de estudiantes que rechazaban realizar el tradicional saludo a la bandera, razón por la que fueron expulsados del centro.

[472]374 U.S. 398 (1963). La demandante pertenecía a la Iglesia Adventista del séptimo día y perdió su empleo por no participar en los turnos de los sábados. Posteriormente, en aplicación de la *South-Carolina Unemployment Compensation Act,* se le retiró la prestación por desempleo ya que la prescripción religiosa de descanso semanal no constaba como causa justificada para el rechazo de ofertas de trabajo.

[473] Está muy bien explicado por Castro Jover, Adoración; *op. cit.* pp. 53-54, la escala introducida en la jurisprudencia estadounidense al determinar el nivel de análisis a realizar en los juicios de proporcionalidad en los que están afectos Derechos fundamentales. De menor a mayor exigencia podemos diferenciar el *rational basis test* (en el que la carga de la prueba está en la parte demandante que objeta la norma), el *intermediate scrutiny* (en el que está en juego un interés preponderante del Estado y la carga de la prueba le corresponde a la Administración) y el *strict scrutiny* (en el cual además de los requerimientos exigidos

religiosa en juego (materializada en una práctica que choca con lo indicado en una norma) y el interés público protegido por esa norma neutral[474]. Sólo cuando ese interés público es conceptuado como un "*Interés estatal preponderante*" se aceptará un gravamen puntual sobre el ejercicio de un derecho fundamental[475]. Es el conocido como *test de Shebert.*

El Tribunal, aun reconociendo que la norma no pretendía discriminar, avaló la postura de la demandante atendiendo más a los efectos producidos que a su intención original, ya que Shebert era colocada en la necesidad de escoger entre seguir sus preceptos religiosos, rechazando así acogerse a los beneficios de la ley, o bien renunciar a su credo para obtener un empleo. En sentido opuesto, los jueces Harlan y White, en su voto particular, expresaron su preferencia por limitar sólo a la discriminación intencional la vulneración de la libertad religiosa. Es cierto, siguen razonando estos magistrados, que a la trabajadora se le negaron ciertos beneficios garantizados por la ley, pero de igual manera que a otras personas que por razones personales tampoco podían trabajar ese día de la semana. Establecer una excepción a la ley para aquellas personas que esgrimen necesidades religiosas supone marcar una preferencia hacia el fenómeno religioso ante otros factores que también se pueden oponer a trabajar los sábados, y eso entraría en contradicción con la obligación constitucional de neutralidad marcada por la cláusula de no establecimiento.

En este debate son varias las cuestiones que se pueden plantear. Por un lado, si las necesidades derivadas de la práctica religiosa (cuyo ejercicio está amparado en forma de derecho fundamental) son equiparables a otras necesidades de carácter personal que se podrían oponer para objetar al turno de los sábados. Parece que hay un mandato constitucional de protección de las del primer grupo ante los del segundo, cuya casuística puede ser enorme. En segundo lugar, es un tema delicado el determinar hasta qué punto se deben o no implementar medidas de exención o de acción positiva para evitar los efectos nocivos o bien discriminatorios de ciertas prácticas que gravan a grupos minoritarios. Algunas normas que hoy entendemos como neutrales y que actualmente no

en el nivel anterior, es preciso demostrar, por el Estado, que la medida tomada era la alternativa disponible menos restrictiva para el derecho fundamental afectado en aras de alcanzar el fin propuesto).

[474] En el sentido de que no posee intencionalidad discriminatoria hacia ningún miembro de una religión y es de aplicación a todas las personas por igual con vistas a obtener una finalidad positiva para el conjunto de la comunidad como, en este caso, es el hecho de fomentar la búsqueda activa de empleo por parte de personas desempleadas.

[475] Ariens, Michael, y Destro, Robert; *op. cit.*, p. 210.

tienen motivación religiosa tuvieron en su día un origen confesional o bien fueron establecidas por el impulso uniformizador de la mayoría de la población. El día de descanso semanal es un buen ejemplo de ello. Los grupos minoritarios (por diferentes razones históricas) no participaron en la implantación de ese estándar. Hoy día se encuentran, en ocasiones, ante la necesidad de escoger entre su puesto de trabajo y el cumplimiento de sus preceptos religiosos.

La respuesta que se dé a esta disyuntiva dependerá no sólo del papel que se otorgue a la libertad religiosa sino también del concepto de igualdad que se maneje. Aquellas normas que estén inspiradas por un concepto formal de igualdad buscaran un trato simétrico, de manera que quienes son iguales reciban un trato igual. Éste es el concepto que late bajo el razonamiento de los jueces Harlan y White. Por otro lado, se puede aspirar a un concepto sustantivo de igualdad que, en palabras de la magistrada canadiense McLachlin[476], supere el formalismo legal y avance hacia medidas que supongan una diferencia práctica en la vida de personas pertenecientes a grupos que tradicionalmente han estado sujetos a mecanismos de subordinación. En este punto se estima que el Estado tendría la obligación de intervenir para evitar la pervivencia de situaciones eventualmente discriminatorias[477]. Las medidas de acción positiva juegan el papel de redistribuir ciertas cargas que se dan en la sociedad visto que, como apunta Wasserstrom[478], categorías como la raza o el sexo aún tienen un peso relevante. Cabría preguntar si esas medidas de acción positiva, al igual que con la raza y el sexo, podrían ofrecer un encaje para aquellas prácticas de las minorías religiosas que entren en conflicto con las normas vigentes en un ordenamiento jurídico, siempre que no haya en juego un interés preponderante del Estado.

Así lo ve Steinberg[479], para quien el dilema[480] entre la *Free exercise clause* y la *Non-establishment clause*, ilustrada en el ejemplo del caso *Shebert v. Verner*[481], crea un

[476] MacLachlin, Beverley; "The evolution of equality", *The advocate*, vol. 54, part 4, July, 1996, p. 563.

[477] Connolly, Michael; *Discrimination Law*, op. cit., pp. 10-12.

[478] Wasserstrom, Richard A.; "Racism, sexism and preferential treatment: an approach to the topics", *UCLA Law Review*, vol. 24, 1977 pp. 581-594.

[479] Steinberg, David E.; "Religious exemptions as affirmative action", *Emory Law Journal*, vol. 40, 1991, pp. 77-139.

[480] La denegación injustificada de una petición de exención que sea sincera podría suponer una restricción de las prácticas religiosas y consecuentemente vulnerar la cláusula de libre ejercicio. Por el contrario, la concesión de una exención que ofrezca un beneficio a personas por el mero hecho de tener ciertas convicciones religiosas podría violar la cláusula de no establecimiento.

[481] La mayoría del tribunal aceptó ofrecer una exención a la legislación del Estado por motivos religiosos mientras que el voto discrepante de los jueces Harlan y White apuntaba a un posible trato de favor a los credos sabatianos que vulneraría la primera enmienda.

conflicto que ha conducido a una errante jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que en ocasiones se ha dado preponderancia a uno de los principios en detrimento del otro y viceversa[482]. Para este autor, la exención religiosa entendida como acción positiva podría funcionar como una garantía para los grupos minoritarios. Su activación no sería nunca automática, sino que estaría condicionada a la superación de un test de proporcionalidad en la que la carga que la legislación estatal impondría a la práctica religiosa estaría ponderada frente al interés público protegido por la norma.

En los últimos años, sin embargo, el TSEUA ha ido adoptando otro punto de vista. Llegó a prescindir del criterio establecido en Shebert en el caso *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*[483] y avaló que el Estado pudiera aprobar normas limitadoras de la libertad religiosa sin tener que invocar un interés preponderante. La ruptura que se producía con este fallo llevó al Congreso de los Estados Unidos a aprobar la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) en 1993, en la cual se negaba que a través de una norma de aplicación general se pudiera restringir la libertad religiosa de las personas salvo que resultase la forma menos gravosa de defender un interés preponderante del gobierno, que estuviese en juego.

Posteriormente, el Tribunal Supremo declararía inconstitucional esta ley por considerar al Congreso no competente para regular esta materia[484]. El hecho de que la derogación de la ley se haya debido a una cuestión competencial hace que autores como Cañamares

[482] De hecho, como apunta Steinberg, el criterio expuesto en *Shebert* se repitió en *Thomas v. Review Board* 450 U.S. 707 (1981) y se estimó que se debía ofrecer en estos casos una exención a la legislación estatal con base en el libre ejercicio de la religión. Pero cuando el estado de Connecticut promulgó una ley en la que se preveía que los trabajadores que observaban un día de la semana como *sabbat*, pudiesen exigir a sus empleadores eximirles de trabajar esa jornada, el Tribunal Supremo entendió que esa previsión vulneraba la cláusula de no establecimiento. *Estate of Thornton v. Caldor, Inc*. 472 U.S. 703 (1985)

[483] 494 U.S. 872 (1990). En este caso, dos personas, miembros de una comunidad indígena americana, vieron cómo les era denegada la prestación por desempleo después de haber sido despedidos de su puesto de trabajo en un centro de rehabilitación de toxicomanías por haber tomado parte en una ceremonia religiosa indígena durante la cual se consumió peyote. Los demandantes alegaban que se trataba de una ceremonia de culto y que, por tanto, su libertad religiosa había sido vulnerada. La mayoría del tribunal, por el contrario, consideró que la norma aplicable es neutral y está vigente y frente a ella debe ceder la libertad religiosa sin que haya necesidad de alegar un interés preponderante del Estado.

[484] En *City of Boerne v. Flores, Archibishop of San Antonio*, 521, U.S. 507 (1997). El Tribunal Supremo estimó que a la luz de la sección 5ª de la decimocuarta enmienda, el Congreso entraba en ámbitos competenciales restringidos a los Estados.

entiendan que el *test de Shebert*, como fórmula de resolución de conflictos, seguiría vigente[485].

4.- La Ley de Derechos Civiles y la prohibición de discriminar

El 2 de julio de 1964 el presidente de los Estados Unidos Lyndon B. Johnson firmó la entrada en vigor de la Ley de Derechos Civiles (LDC). Fue considerado un día importante ya que se daba cumplimiento a un proyecto clave auspiciado por la administración del difunto presidente Kennedy. Un texto legal que desde su preámbulo sitúa sus objetivos en garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales a través de los mecanismos de protección pública y en combatir la discriminación. Fue precisamente este último fenómeno, el de la discriminación que sufrían varios grupos sociales (especialmente la población negra) en actividades cotidianas, el que inspiró este texto legal. Particularmente, el Título VII abordó la discriminación en el puesto de trabajo y la prohibió en los casos provocados por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional. La referencia la encontramos en la sección 703 que dice:

> *(a) It shall be an unlawfull employment practice for an employer*
> (1) *To fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex or national origin.*

A partir de la redacción de este precepto, fueron dos las importantes cuestiones a las que hubo que dar respuesta. Por un lado, qué ocurría con aquellas normas o estándares laborales que podían provocar efectos discriminatorios pero que no habían sido promulgadas con intención maliciosa. Por otro, esta vez referido particularmente a la discriminación religiosa, había que despejar la incógnita sobre si la prohibición de discriminar se predicaba de la condición de creyente o bien si también había un mandato de protección de la práctica religiosa en el ámbito laboral. A continuación, veremos cómo se abordaron ambos debates.

[485] Cañamares, Santiago; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, op. cit. pp. 137-139. De hecho, como apunta este autor, varios Estados han legislado en el mismo sentido en el que lo hacía la ley derogada.

4.1.- El ideal de la igualdad en la "discriminación por efecto adverso"

> Cuentan que una zorra convidó a cenar a una cigüeña, y que sólo le sirvió caldo en una fuente plana para que de este modo no pudiese tomar con su pico cosa alguna.
>
> *Esopo – Fábulas -*

Ya se ha indicado anteriormente que una concepción formal de la igualdad está comprometida con la paridad en el trato. Por desgracia la situación de los individuos en la sociedad no es equivalente, de manera que una concepción de la justicia que no tenga en consideración estas diferencias puede contribuir a perpetuar esas desigualdades en la práctica. Esto implica que una norma o estándar laboral ha podido ser puesta en marcha sin intencionalidad discriminatoria, pero provocar efectos perniciosos en su ejecución. Esto es lo que el TSEUA se encontró en el caso de *Griggs v. Duke Power* que, aunque no es un asunto relacionado con la diversidad religiosa, tiene relevancia en nuestro trabajo por ser la primera vez que se reconoció la existencia de la discriminación por efecto adverso o discriminación indirecta. El señor Griggs denunció que en la empresa en la que trabajaba, las promociones entre departamentos estaban condicionadas a la superación de pruebas de aptitud, así como a la obtención de un título académico, hecho que impedía los ascensos entre los empleados afroamericanos[486]. Ante la situación que se daba en la empresa *Duke Power*, el tribunal va a tener en cuenta que los objetivos marcados por el poder legislativo al aprobar el Título VII no eran otros que lograr la igualdad de oportunidades en el empleo y remover los obstáculos que han operado en el pasado en favor de un grupo identificable de personas. En este sentido, el tribunal no puede ser ajeno a las causas estructurales que operan en la sociedad y que dificultan el acceso a la educación de la población de raza negra[487].

---

[486] *Griggs v. Duke Power Co*. 401 U.S. 424 (1971). La empresa Duke Power sólo empleaba a las personas de raza negra en el departamento de mano de obra de su planta de *Dan River* (Carolina del Norte), pero no en los otros cuatro departamentos operativos en los que los sueldos más bajos eran mayores que en el de mano de obra. En 1965, tras la aprobación de la LDC, se levantó la prohibición que pesaba sobre las personas de raza negra y pudieron ser promovidas a otros puestos superiores. Sin embargo, para efectuar esa promoción, la empresa planteó dos exigencias: tener completada la educación secundaria y pasar satisfactoriamente dos test de aptitud. Ambos requisitos en la práctica suponían la eliminación de un número desproporcionadamente mayor de candidatos de raza negra que de raza blanca. La cuestión que se planteó ante el Tribunal Supremo consistía en dilucidar si, dando por hecho que la empresa había incurrido en una abierta discriminación racial antes de la aprobación de la LDC, esa conducta había cesado o bien seguía manteniéndose.

[487] 401 U.S. 424 (1971), sec. 430, nota al pie nº6: Se aporta el dato del censo de Carolina del Norte de 1960 según el cual el 34% de la población masculina de raza blanca había completado la educación secundaria mientras que sólo el 12% de entre la negra podía decir lo mismo.

En la sentencia se acepta que la LDC no solo prohíbe la discriminación directa sino también aquellas prácticas que son formalmente escrupulosas pero discriminatorias en sus efectos. Con esta afirmación el tribunal estableció la figura de la *adverse effect discrimination*, que comienza con la necesidad de que la parte demandante demuestre que una norma aparentemente neutral genera efectos adversos en un grupo con base en una de las causas prohibidas de discriminación, y sigue con la carga de la prueba que recae sobre la parte demandada para que demuestre que esta medida tiene relación manifiesta con el puesto de trabajo y era necesaria para alcanzar un objetivo no discriminatorio[488].

El énfasis, desde su misma denominación, en los efectos que produce hace que pase a un segundo término otro de los elementos de la discriminación, como es la intencionalidad. Durante el juicio *Duke Power* no consiguió probar la incidencia que el título escolar o la superación de los test tenían en el ejercicio exitoso de los trabajos para los que se requería. Es más, se demostró que personas que no cumplieron con ninguno de los dos requisitos fueron capaces de desarrollar su práctica profesional en puestos de departamentos superiores. A pesar de esto el tribunal en ningún momento va a entrar a valorar la eventual mala fe de la empresa al establecer estas medidas. Precisamente el hecho de que no se entrase a valorar el propósito generó cierto debate en torno a la discriminación indirecta: ¿es necesaria la existencia de intencionalidad discriminatoria para apreciar esta figura? En principio, atendiendo a su lógica interna, parecería que sí, ya que la carga de la prueba de la existencia de una relación objetiva entre el requisito laboral y el desempeño del puesto de trabajo recae en la parte demandada. Así quedaría eximida de intencionalidad discriminatoria. De igual forma, dejar la intencionalidad discriminatoria fuera de la definición de discriminación indirecta nos llevaría, como apunta Carvin, a lo que ha denominado como un modelo "puro"[489], que podría conducir a que cada vez que se detectase una presencia destacada de miembros de un grupo en detrimento de otros se aplicasen políticas de cuotas o de acción positiva para equilibrar la situación[490]. Tomando

[488] Ibíd., sec. 432.

[489] *Pure disparate impact model*. Carvin, Michael; "Disparate impact claims under the new Title VII", *Notre Dame Law Review*, vol. 68, 1993, pp. 1153-1164.

[490] Connolly, Michael; op. cit., p. 155 pone como ejemplo el caso *AMAE v. State of California*, 231 F 3d 572 (9th Cir 2000) en el que profesores hispanos, asiáticos y afroamericanos denunciaron que estaban infrarepresentados en los puestos de maestros de escuela respecto a la población blanca ya que su índice de suspenso en los exámenes de acceso era mucho mayor. Su pretensión fue desestimada ya que se entendió que los exámenes eran necesarios para demostrar cualificación al acceder al puesto de trabajo.

este punto de vista la discriminación indirecta quedaría configurada como una discriminación directa encubierta.

Desde el enfoque opuesto se estima que el hecho de que el tribunal ignorase el elemento de la intencionalidad hizo que lo configurase atendiendo a sus consecuencias más que a su vocación inicial[491]. De hecho, prescindir del elemento de la intencionalidad nos llevaría a poder incluir en este apartado aquellas actitudes efectivamente discriminatorias pero que son realizadas de manera inconsciente. Por ejemplo, perpetuando estereotipos o desequilibrios sociales tan asumidos que no son percibidos como discriminatorios. En palabras de Connolly, la discriminación indirecta está más preocupada por los efectos que produce un comportamiento que por la naturaleza del comportamiento en sí[492]. De esta manera ha sido importada a nuestro Derecho.

4.2.- El alcance de la discriminación por razón de religión.

La redacción de la sección 703 LDC provocó controversia entre quienes interpretaban que la prohibición de discriminación se predicaba de la condición de creyente (es decir, protegería únicamente el estatus de creyente que tiene lugar en el fuero interno de las personas) y quienes opinaban que necesariamente debería también proteger la puesta en práctica de la fe (la acción como creyente).

El primer punto de vista está defendido por autores como Sonne[493], quien acude a las deliberaciones del poder legislativo al aprobar la ley para defender una interpretación literal del texto. Para este autor resulta evidente que la principal motivación de la LDC era la prohibición de la discriminación racial. El sexo y el origen nacional son igualmente características inmutables. No hay, sin embargo, demasiadas pistas en el debate legislativo que ayuden a comprender si el Congreso incluyó la referencia a la religión porque la entendía como una característica inmutable, si fue incluido por su importancia histórica en la tradición constitucional americana o bien por alguna otra razón. De cualquier manera, Sonne coincide con otros autores en que la inclusión de la religión como causa de discriminación se debió más a la necesidad de resultar coherente en la

[491] De ahí su denominación como "Adverse effect" o "Disparate impact" discrimination.

[492] Este punto de la intencionalidad es uno de los elementos más discutidos del Derecho antidiscriminatorio nacido en los Estados Unidos y exportado a otras tradiciones jurídicas.

[493] Sonne, James A.; "The perils of universal accommodation: the workplace religious freedom act of 2003 and the affirmative action of 147.096.000 souls", *Notre Dame Law Review*, nº 79, 2004, p. 1034.

formulación del principio antidiscriminatorio que al hecho de que el poder legislativo desease encomendar la puesta en práctica de políticas específicas de protección de la práctica religiosa[494].

El segundo punto de vista está representado por la acción de la *Equal Employment Opportunity Commission* (en adelante EEOC), organismo creado en la sección 705 LDC como agencia federal con la misión de ejecutar la legislación antidiscriminatoria en el ámbito laboral. Para EEOC la práctica religiosa estaba protegida por la referencia a la religión que hacía el Título VII, puesto que una protección exclusiva del estatus de creyente podría quedar vacía de contenido si además no se protegiese la práctica religiosa. En sus directrices de 1967[495] interpretó que la norma imponía una obligación de acción positiva que recaía sobre las empresas empleadoras al requerir de las mismas "*to make reasonable accommodations to the religious needs of employees and prospective employees where such accommodations can be made without undue hardship on the conduct of the employer's business*"[496].

EEOC entiende que una necesidad religiosa puede ser perfectamente razonable pero su acomodo puede no serlo en función de las circunstancias del caso. Es por tanto éste último entorno el que decidirá su pertinencia o no. Este baremo viene determinado por el concepto de *Undue Hardship*, que traducimos como *Carga Excesiva*. En consecuencia, se puede deducir, por un lado, que la Comisión entendió que inevitablemente la obligación de acomodar trae consigo un cierto nivel de carga o incomodidad y por otro, que, si el límite está en que esa carga sea excesiva, hay una necesidad de ponderar en cada caso cuales son los elementos que hacen que el acomodo de las necesidades religiosas sea asumible o no.

[494] Toma el argumento de Post, Russell S.; "The serpentine Wall and the serpent's tongue: rethinking the religious harrasment debate", *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pp.180-181, quien sostiene que la mención a la religión no fue un paso muy meditado en sus consecuencias y que la referencia fue incluida dentro de un texto antidiscriminatorio estándar.

[495] Un año antes, en 1966, ya incluyó en sus directrices la interpretación según la cual entendía que existía una obligación de acción positiva que recaía sobre las empresas empleadoras "*to accommodate to the reasonable religious needs of employees…where such accommodations can be made without serious inconvenience to the conduct of the bussiness*"

[496] 29 C.F.R. 1605.1 (1968). Citado en *Trans World. Airlines v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977), sec. 72.

4.3.- Las dudas de los tribunales de justicia

Las preguntas que la redacción del Tílulo VII de la LDC había dejado sin respuesta en relación con ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito laboral no fueron fáciles de responder ni siquiera para los tribunales de justicia. El Tribunal Supremo se enfrentó a ellas en el caso *Dewey v. Reynolds Metals*[497], célebre por haberse decidido tras un empate que llevó a ratificar el fallo del tribunal de apelación, dejando el razonamiento del alto tribunal en un escueto: *The judgment is affirmed by an equally divided Court.*

Robert K. Dewey entró a trabajar en Reynolds Metals en 1951 hasta su despido en 1966. Desde 1961 era fiel de la *Faith Reformed Church,* que impone los domingos como día inhábil para actividades seculares. Reynolds Metals y el sindicato del ramo del que formaba parte Dewey llegaron a acuerdos en 1960 y 1965, en forma de convenios colectivos, que permitían a la empresa programar actividades laborales obligatorias los sábados y domingos para hacer frente a pedidos cuyas fechas de entrega así lo requiriesen. Dewey, que nunca había trabajado un domingo cuando tal práctica era voluntaria, tampoco acudió a hacerlo a pesar de la obligatoriedad derivada del convenio colectivo. Por esta razón fue despedido.

Visto que no contamos con los fundamentos jurídicos del razonamiento del Tribunal Supremo debemos acudir a lo decidido por el tribunal de apelación, que basó su fallo en dos líneas argumentales. En primer lugar, estimó que Reynolds Metals careció en todo momento de voluntad de discriminar a Dewey por motivos religiosos. Ante la ausencia de ánimo discriminatorio, el tribunal entendió que el empleado no estaba legitimado para pedir una medida de acomodo. El convenio colectivo es una norma neutra, no discriminatoria, que ofrece un método justo y equitativo de distribución de la carga de trabajo. Consecuentemente, es la voluntad lo que se debe valorar y no los efectos de la norma o el estándar laboral.

En segundo lugar, acceder a la petición de Dewey supondría discriminar al resto de personas empleadas en la fábrica, que tendrían que ocupar el puesto en el turno del domingo que dejaría vacante el demandante. La empresa alegó que este hecho produciría problemas de personal, así como quejas y agravios adicionales.

[497] *Dewey v. Reynolds Metals* Co., 402 U.S. 689 (1971)

En su razonamiento el tribunal de apelación no sigue las directrices propuestas por EEOC[498]. Es más, toma un camino opuesto. Hay un rechazo explícito a la idea de acción positiva a cargo del empleador. Se estima innecesaria vista la neutralidad de la norma que genera el conflicto. Para sostener esta idea se valora que el mecanismo previsto en la sección 703 (1) (a) sólo protegería ante la discriminación directa. Si no hay intención tampoco hay discriminación, con lo que tomar cualquier tipo de medida supone una situación de privilegio que, ahora sí, discriminaría al resto de la fuerza de trabajo de Reynolds Metals.

4.4.- El congreso lo intenta de nuevo: la enmienda del Título VII en 1972.

El rechazo que en muchas empresas se producía a contratar o a continuar empleando a personas con necesidades religiosas, así como la negativa de los tribunales a interpretar la obligación de acomodar que podía derivarse del título VII de la LDC, llevó al senador Jennings Randolph[499] a plantear a la cámara alta una enmienda del texto legal. De hecho, copias de las sentencias de *Dewey v. Reynolds Metals* como de *Riley v. Bendix Corp.*[500] fueron incluidas en los registros del Congreso.

El ánimo de la enmienda consistía en superar la diferenciación entre estatus (filiación religiosa) y práctica. El texto aprobado se convirtió en la sección 701 (j). Se puede distinguir la influencia de las directrices de EEOC de 1967 en el mismo:

> *The term religion includes all aspects of religious observance and practice as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business.*

La intención de la reforma queda clara, en cuanto supone el establecimiento de una obligación afirmativa para la parte empleadora de acomodar la diversidad religiosa. Ante la duda sobre si existía obligación de acomodar las necesidades religiosas que entraban en conflicto con normas o estándares laborales que carecían de voluntad discriminatoria,

[498] En la fecha en la que se produjeron los hechos eran las directrices de 1966 las que estaban vigentes.

[499] El propio senador Randolph era miembro de la Iglesia Baptista del séptimo día. Este credo predica la observancia del *Sabbat* desde la puesta del sol del viernes hasta la del sábado.

[500] 464 F. 2d. 1113 (5th Cir, 1972). Queda con este detalle clara la intención del Senado de superar los déficits de ambos pronunciamientos. Al igual que en *Dewey*, en *Riley* los tribunales establecieron que la empresa empleadora no tenía obligación de acomodar las necesidades religiosas de su empleada.

con la enmienda introducida quedaba claro que también el empleador "neutral" (quien carece de sesgo o voluntad discriminatoria) está obligado a acomodar.

Sin embargo, una de las principales consecuencias de este nuevo texto es que va a abrir dos vías procesales en materia de protección de los principios del Título VII, la de la discriminación y la del acomodo. Aquellas personas que denuncian haber sido víctimas de una situación de discriminación con base en una característica protegida, lo hacen por no haber recibido un trato similar al de otras personas empleadas en sus mismas condiciones. Quienes, por su parte, alegan una contradicción entre su fe y las normas de su puesto de trabajo, lo hacen pidiendo un trato diferente, o acomodo, de manera que puedan cumplir sus obligaciones religiosas y laborales[501].

Este diferente camino ha sido criticado por autores que consideran que uno y otro no son departamentos estancos. Corrada[502] denuncia el hecho de que hay casos en los que no es posible definir previamente cuál de los dos supuestos se está dando, con la consiguiente indefensión que esto provoca. Propone un marco integrado para ambos en el que la prueba de la neutralidad de la parte empleadora sea la manera de definir la vía a seguir. Pero también hay consecuencias en el campo ideológico. En esta diferencia entre acomodo y discriminación subyace la idea de que quien solicita una práctica de acomodo está pidiendo un privilegio en forma de exención frente a las prácticas "normalizadas" de la mayoría. Jolls[503] llama la atención sobre esta desconexión del acomodo respecto a su origen antidiscriminatorio que ha desembocado en la creación de categorías diferentes (*tratamiento igual* frente a *tratamiento especial*).

En cualquier caso, y dentro del terreno de lo práctico, el empleo de ciertos términos indefinidos, así como la ausencia de directrices para interpretarlos, dejó en el aire y rodeada de ambigüedad la extensión de la obligación de acomodar. Quedaban por dilucidar cuestiones significativas como la definición y alcance de los términos de *acomodo razonable* y de *carga excesiva*, o incluso la forma en la que ambos conceptos

[501] Dhillon, Kiran Preet; "Covering turbans and beards: Title VII's role in legitimizing religious discrimination against Sikhs", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21, 2011, pp. 213-251.

[502] Corrada, Roberto L.; "Toward an integrated disparate treatment and accommodation framework for Title VII religion cases", *University of Cincinatti Law Review*, vol. 77, 2009, pp. 1426-27.

[503] Jolls, Christine; "Antidiscrimination and Accommodation", *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, pp. 643-699.

debían relacionarse[504]. La respuesta a estas cuestiones las va a ofrecer el TSEUA en las sentencias de *Hardison*[505] y *Philbrook*.[506]

5.- La construcción judicial del *acomodo razonable* en Estados Unidos

Las dos sentencias que se van a analizar responden a las cuestiones que la enmienda de 1972 dejó sin respuesta y son el punto de partida para entender cómo el *acomodo razonable* ha sido interpretado en Estados Unidos. Ambos pleitos fueron planteados por trabajadores cuya fe les llevaba a practicar el *Sabbat*, hecho que chocaba con el calendario laboral fijado por la empresa en la que trabajaban. Por ese motivo fueron despedidos. Una vez asumido que en los dos casos se había producido una interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa de los demandantes, el Tribunal Supremo tuvo que dilucidar cuál era

[504] Zablotsky, Peter; "After the fall: the employer's duty to accommodate employee religious practices under Title VII after Ansonia Board of Education v. Philbrook", *University of Pittsburg Law Review*, vol. 50, 1989, pp. 513-574.

[505] *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Larry G. Hardison trabajaba como encargado en el departamento de almacenaje en la base que la aerolínea TWA tenía en el aeropuerto de Kansas. Todo el personal empleado en esta sede estaba sujeto a las previsiones que sobre asignaciones de turnos y antigüedad realizaba el convenio colectivo vigente en la empresa. Según este texto, los empleados más antiguos tenían preferencia sobre los más recientes a la hora de elegir turnos de trabajo. En 1968 Hardison entró en la *Worldwide Church of God*, cuyo credo impone el cumplimiento del *sabbat* así como el descanso en ciertas festividades religiosas. Cuando Hardison puso esta circunstancia en conocimiento de su encargado, éste le asignó un turno compatible con la observancia de su religión. Sin embargo, poco después Hardison solicitó ser trasladado de la terminal 1 a la terminal 2. Mientras su antigüedad en la empresa le permitía elegir el horario laboral en el primer edificio, en el segundo era superado por varias personas y no pudo obtener el turno que le permitía compatibilizar trabajo y observancia religiosa. Hardison se negó a trabajar los sábados, aunque llegó a ofrecer alternativas de acomodo a la empresa. Tanto ésta como el sindicato fueron reacios a aceptar soluciones que supusiesen contradecir lo establecido en el convenio colectivo. Al no encontrar una salida al problema y persistir el trabajador en su actitud, Hardison fue despedido por insubordinación.

[506] *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479, U.S. 60 (1986). Ronald Philbrook fue contratado por Ansonia Board of Education (ABE) a partir de 1962 para impartir clases de educación secundaria. En 1968 Philbrook fue bautizado en la *Worldwide Church of God* que exige abstenerse de trabajos seculares durante sus festividades religiosas. El convenio colectivo del instituto preveía la existencia de tres días de baja al año para guardar festividades religiosas obligatorias. Asimismo, se preveían tres días más para asuntos propios. Sin embargo, existía la limitación de emplear estas últimas jornadas sólo en actividades cuya baja no estuviese prevista en el convenio. Es decir, que si alguien había empleado tres días para festividades religiosas después no podía emplear los tres días de asuntos propios para la misma finalidad. Philbrook usaba los tres días previstos en el convenio para asuntos religiosos y para el resto de festividades se ausentaba de manera injustificada, con lo que su sueldo se reducía de manera proporcional. Desde 1976 empezó a justificar sus ausencias religiosas como visitas al hospital. Sin embargo, también trabajó en algunos días festivos. Como no estaba satisfecho con este estado de cosas propuso dos alternativas a la dirección del centro. Su preferida era emplear días de asuntos propios para festividades religiosas, de manera que pudiera ausentarse de forma remunerada durante esas tres jornadas. Como segunda opción Philbrook proponía asumir personalmente el coste de la persona que le sustituyera a cambio de recibir su sueldo íntegro los días que tuviese que ausentarse por motivos religiosos. ABE rechazó ambas opciones ya que entendió que el sistema de ausencias laborales que preveía el convenio era suficiente a estos efectos y que el hecho de que la dirección del centro permitiese al profesor tomarse bajas no remuneradas para guardar sus festividades ya suponía una práctica de acomodo.

la extensión de la obligación de acomodar que tenía la empresa, así como de qué manera se definía la existencia de carga excesiva.

Son dos sentencias bien conocidas y que han producido numerosos comentarios. A los efectos del análisis que aquí nos interesa conviene reseñar que en los dos supuestos las peticiones de acomodo de los trabajadores chocaban con lo establecido por sus respectivos convenios colectivos. Es éste un aspecto relevante del debate. La obligación de acomodo es una medida de acción positiva en beneficio del ejercicio de la libertad religiosa en entornos en los que su puesta en práctica puede encontrar dificultades debido a que, por su carácter minoritario, no han sido tenidas en cuenta al definir las condiciones del espacio público. Estas prácticas, en el ámbito laboral, habitualmente van a entrar en conflicto con las normas o estándares de los que la fuerza de trabajo se ha dotado en forma de convenio colectivo o pacto de empresa.

El Tribunal va a optar por la vigencia del convenio colectivo, entendiéndolo como un instrumento negociado, previsible y neutral de la mayoría que no puede ceder ante la obligación de acomodar[507]. Y es verdad que, formulado de esa manera, el argumento tiene una intachable lógica democrática, puesto que está en la mente de todos que el turno del sábado es uno de los menos deseados y el convenio establece un sistema de asignaciones para repartir esa carga. De lo contrario sería imposible atender a la pluralidad de motivos que podrían ser esgrimidos por todos y cada uno de los empleados para ser eximidos de trabajar en un día de la semana para el que habitualmente suelen presentarse resistencias. Sin embargo, ante este argumento, nos podríamos preguntar por la naturaleza de los motivos por los que ni Hardison ni Philbrook querían trabajar en ese turno. Ambos esgrimían imperativos derivados de la cosmovisión que sus respectivos credos religiosos les imponían. Es decir, que resultaban relevantes en la puesta en práctica de su fe. Ya se ha podido ver que la exteriorización y la práctica de los preceptos religiosos son parte constitutiva de la libertad religiosa, tal y como está concebida en las democracias liberales. En ese sentido nos podríamos preguntar si tiene sentido o no ofrecer un tratamiento especial a las necesidades religiosas, visto que hay un mandato constitucional de protección de esta libertad. Dicho de otra manera, ¿se pueden equiparar las razones no

[507] 432 U.S. 63 (1977), sec. 78 *"…the system itself represented a significant accommodation to the needs, both religious and secular, of all of TWA's employees* (…) *the seniority system represents a neutral way of minimizing the number of occasions when an employee must work on a day that he would prefer to have off."*

religiosas que llevan a las personas a expresar su preferencia por no trabajar un sábado (y que podrían ir desde el gusto personal hasta los motivos familiares) con los imperativos que definen y constituyen la base de la creencia religiosa personal y colectiva?

Da la impresión de que esta pregunta no ha sido abordada por el tribunal en ninguno de los dos pronunciamientos que analizamos. Su respaldo del convenio en tanto que instrumento de gestión de las necesidades "no religiosas" viene avalado por su neutralidad[508]. Sin embargo, ante las necesidades religiosas, podríamos preguntarnos si realmente el convenio es igualmente neutral. A primera vista podríamos cuestionárnoslo ya que no incluye ninguna previsión dirigida a gestionar las necesidades religiosas, sino que, a la hora de distribuir los turnos de trabajo, se limita a otorgarles el mismo peso que a las preferencias personales. El hecho de ignorar un fenómeno no debería considerarse neutralidad, puesto que en tal caso se podría argumentar que el "ideal" de trabajador que el convenio está regulando es el de alguien que carece de sensibilidad religiosa, o bien que siendo fiel de una religión renuncia a poner en práctica su fe en beneficio de mantener su puesto de trabajo.

Otro de los argumentos que subyacen a la preferencia del tribunal por el aspecto "neutral" del convenio es el peligro de "estratificación social" que trae consigo el acomodo. Así se argumenta en el caso *Hardison*, en el que el juez White se pregunta por qué una persona se va a ver privada del turno de su preferencia simplemente porque no pertenece a una religión que exija poner en práctica el *Sabbat*[509]. La cuestión es que parece que a través de esta forma de pensar se denota una concepción del acomodo como sinónimo de privilegio, que debe ser sostenido a costa del esfuerzo de quienes no pertenecen a la "élite" de los eximidos. Frente a este razonamiento convendría recordar que la figura que estamos estudiando es una medida de acción positiva en beneficio de un grupo de personas que están adversamente afectadas en un campo protegido ante la discriminación. Pero en segundo lugar también hay que llamar la atención sobre el hecho de que estas

[508] Para Engle los argumentos de los tribunales avalando la neutralidad de las normas proyectan una visión integracionista (en el sentido de liberal o neutral) de la legislación antidiscriminatoria. Aplicando la lógica utilizada en los casos de discriminación por cuestión de raza u origen nacional, se concluye que el demandante no fue discriminado ya que se le trató de igual forma que al resto de empleados. Engle, Karen; "The persistence of neutrality: the failure of the religious accommodation provision to redeem Title VII", *Texas Law Review*, vol. 76, 1997, pp. 362-369.

[509] 432 U.S. 63, sec. 81. El fallo estima que la intención del Congreso al introducir la enmienda en 1972 no era llegar tan lejos como para pedir a las empresas que privasen a parte de la fuerza de trabajo de sus derechos contractuales para acomodar las preferencias religiosas de otras personas.

medidas no son absolutas, sino que son fruto de una negociación cuyo límite está en la carga excesiva que no resultaría aceptable para la empresa empleadora.

Sería interesante analizar un dato que no parece haber sido tenido en cuenta por el tribunal. Tanto Hardison como Philbrook ofrecieron alternativas que pasaban por trabajar el turno del domingo, en el caso del primero[510], y por sufragar de su propio bolsillo el coste de la persona sustituta, en el caso del segundo[511]. Este aspecto, además de poder ser considerado como un punto a favor de la sinceridad de las creencias de estas personas[512], indica asimismo una voluntad negociadora que tiene más que ver con el intercambio que con la pura exención. En ese sentido, se podría argumentar que la obligación de acomodar que legisló el Congreso en 1972 obligaría a quien demanda el acomodo y a la empresa empleadora a buscar (a agotar incluso) todas las alternativas posibles antes de la terminación de la relación laboral. Y aunque la carga de la prueba recaiga en la parte empleadora (así se prevé en la ley y parece lógico ante la asimetría de las relaciones laborales), tampoco se entendería una actitud obstruccionista por parte de quienes piden ser acomodados, algo que no parece que ocurrió en los dos casos que nos ocupan. De hecho, también se podría interpretar que en esa negociación la figura de la carga excesiva es una garantía para la empresa, en el sentido de que lejos de precisar obligaciones de acomodo absolutas éstas están condicionadas por las circunstancias que configuran la realidad de la empresa y el sector económico en que opera.

No obstante, el Tribunal Supremo se decantó por un camino diferente. Escogió un punto de vista más integracionista y, aunque en ninguna de las dos sentencias menciona la cláusula de no establecimiento (visto que estamos en el ámbito privado), sí que se desprende una preocupación por no privilegiar una visión religiosa en beneficio de otras sensibilidades. Para ello va a modular la obligación de acomodar, en lo que se refiere a la parte empleadora, de manera muy restrictiva. En *Hardison* va a configurar la *carga excesiva* como un requisito "de minimis", de manera que va a reducir a su mínima

[510] Ibíd., sec. 78. Lo recuerda el juez Marshall en su voto particular. Hardison puso en conocimiento de su supervisor el hecho de que la persona que realizaba el turno domingo-jueves estaba insatisfecha, ofreciéndose así a cambiar el turno con ella.

[511] 79, U.S. 60, sec. 65.

[512] La comprensible desconfianza ante la sinceridad de las creencias esgrimidas para obtener un acomodo es un aspecto muy relevante de este debate. En el caso que nos ocupa ya se ha dicho, al hablar de la neutralidad, que el turno del sábado es habitualmente rechazado por la mayoría de las personas por considerarlo inconveniente. Con más razón aún podríamos decir que los domingos son días reservados a actividades de ocio. En este caso vemos cómo Hardison, en coherencia con las creencias que dice sostener, se ofrece a permutar su turno por otro que incluye el domingo.

expresión[513] los costes que una empresa debería afrontar al asumir el acomodo. Esta afirmación resulta controvertida ya que parecería que, por definición, el concepto de *carga excesiva* debiera ser maleable y configurado a tenor de las circunstancias que concurren. Así lo ve Silbiger[514] para quien el test de proporcionalidad requerido por las previsiones del Título VII supone que el peso que se otorgue al lado de la balanza en el que se sitúa la libertad religiosa debe ser constante y concebido como sustancial, mientras que el lado del interés del negocio debe ser medido a partir de las especificidades del mismo, y decidido con base en hechos y datos que den un valor concreto a las medidas que habría que tomar para acomodar al interesado. De ahí se determinará lo justificado o no de la carga a soportar. Por ejemplo, en el caso *Hardison* se podría cuestionar si la *carga excesiva* que podría llegar a soportar TWA (que en aquel momento era una de las principales aerolíneas de EEUU) era la misma que, por ejemplo, una librería familiar situada en una población de mediano tamaño.

En *Philbrook*, por su parte, al abordar la cuestión sobre la extensión de la obligación de acomodo, el juez Rehnquist, en nombre de la mayoría, afirmó que una vez que la empresa hubiese ofrecido una posibilidad de acomodo ya resultaba suficiente para acreditar que la obligación se había cumplido[515]. Tal pronunciamiento tiene la virtualidad de dejar la obligación de acomodar reducida a un requisito puramente formal ya que, una vez acreditado el ofrecimiento de acomodo, el tribunal no entra a valorar la "calidad" del ofrecimiento ni su capacidad de mediar en el conflicto planteado atendiendo a las circunstancias. Una vez más, si tenemos indicios para pensar que la voluntad del poder legislativo era la de fomentar el entendimiento y la transacción[516], resulta contradictorio que se avale una posición que deja en manos de la voluntad de una de las partes el cumplimiento de una obligación que, como mínimo, debería impulsar un diálogo en el que se acreditase el haber agotado la negociación con vistas a preservar la relación laboral. Con la dirección tomada en este caso no se articula el acomodo como una herramienta de

[513] 432 U.S. 63 sec. 84: *"To require TWA to bear more than a de minimis cost in order to give respondent Saturdays off would be an undue hardship"*.

[514] Silbiger, Sara L.; "Heaven can wait: judicial interpretation of Title VII's religious accommodation requirement since Trans World Airlines v. Hardison", *Fordham Law Review*, vol. 53, nº 4, 1985, pp. 857-860.

[515] 479 U.S. 60, sec. 68. "*By its very terms the statute directs that any reasonable accommodation by the employer is sufficient to meet its accommodation obligation*".

[516] Así se reconoce en la sentencia de *Phibrook*, 479 U.S. 60, sec. 69, que recoge las palabras del senador Randolph "*the sponsor of the amendment that became 701(j), expressed his hope that accommodation would be made with flexibilty and a desire to achieve an adjustment".*

resolución de conflictos, sino que se otorga un poder excesivo a una de las partes para que decida lo que es razonable y lo que no.

Para concluir, se puede decir que el *acomodo razonable* en Estados Unidos surgió como iniciativa del poder legislativo, que lo configuró como un instrumento de acción positiva pero que dejó sin definir tanto los términos jurídicos que lo componen, así como el alcance de los mismos. El TSEUA ha optado por una visión formal del principio de igualdad e integracionista respecto de las necesidades de las minorías religiosas. Con esa configuración ha reforzado la discrecionalidad del empleador en un ámbito tan sensible como es el de la terminación de la relación laboral y, de paso, también ha renunciado a desarrollar las potencialidades de resolución de conflictos y de gestión de las sensibilidades minoritarias que ofrecía esta figura.

III.- LA EXPERIENCIA CANADIENSE

> *Humanitas. Felicitas. Libertas*: no he inventado estas bellas palabras que aparecen en las monedas de mi reinado. Cualquier filósofo griego, casi todos los romanos cultivados se proponen la misma imagen del mundo. Frente a una ley injusta por demasiado rigurosa, he oído gritar a Trajano que su ejecución ya no respondía al espíritu de la época.
>
> Marguerite Yourcenar – *Memorias de Adriano*

6.- La respuesta canadiense al pluralismo religioso

La configuración de la pluralidad religiosa en Canadá viene definida, en sus primeros pasos, por la existencia de dos comunidades cristianas: la católica y la protestante. De ahí que, como señala Relaño[517], en Canadá faltó cierto ideal común de nación cristiana comprometida con la libertad religiosa que caracteriza la experiencia estadounidense y, en su lugar, las diferencias entre ambas comunidades fueron notorias desde el origen. Por ello, la preocupación por encontrar un reflejo jurídico a la pluralidad religiosa presente en la sociedad (más aún desde la eclosión de los credos evangélicos y protestantes, muchos de ellos provenientes de Estados Unidos, así como de otras religiones producto de la inmigración) da forma a la trayectoria de Canadá.

[517] Relaño Pastor, Eugenia; "El pluralismo religioso: el modelo canadiense", *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, nº 1 enero, 2003, p. 6.

La vigente Constitución canadiense está configurada por la Ley del Canadá de 1982 y de ella forman parte la Ley constitucional de 1982, que incluye la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (en adelante CCDL), y la Ley constitucional de 1867[518]. La referencia de la CCDL a la libertad de religión la encontramos en el artículo 2 (a):

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

Se aprecia en esta redacción la vinculación de la libertad religiosa con la de conciencia, algo que por el contrario no estaba presente en la declaración de la primera enmienda estadounidense. En este último texto este derecho era concebido como un elemento autónomo e inspirador de su fundación. En el caso canadiense, como en el de otros textos constitucionales europeos, la referencia a la conciencia eleva el carácter subjetivo de la libertad religiosa.

En cuanto a su contenido y extensión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo canadiense (TSC) resulta muy clarificadora[519]:

> *The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination (...) Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.*

Se subraya en esta definición la vertiente interna y externa del hecho religioso, así como la dimensión positiva y negativa de esta libertad. Coherentemente con la visión que las democracias occidentales tienen de los derechos fundamentales se acepta que la libertad religiosa no se trata de ninguna manera de un derecho absoluto, sino que está sometido a restricciones. Esta idea tiene plasmación positiva en el artículo 1 de la CCDL, que lo enmarca "*subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*".

[518] La *Constitution Act* de 1867 es un texto relevante por cuanto establece criterios de reparto de competencias entre el Gobierno Federal y las provincias. Sin embargo, no recoge ninguna referencia a la libertad de religión.

[519] *R. v. Big Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, § 94-95.

La segunda referencia a la religión en la CCDL la encontramos en el artículo 15 que consagra el principio de igualdad sin que quepa discriminación por razón de religión.

> *Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*

De cara a entender la concepción de la igualdad que configura la CCDL, es interesante la matización que contiene el párrafo segundo del artículo 15. Se afirma que el principio de igualdad no obsta a que se puedan implementar normas jurídicas, programas o actividades que tengan por objeto la aplicación de medidas de acción positiva. De esta manera se da cobertura constitucional a las acciones en favor de individuos o colectivos que se encuentran en posición de desventaja por causa de alguno de los campos protegidos contra la discriminación[520].

Otra de las peculiaridades de la carta canadiense la encontramos en el artículo 27 con el encabezamiento "Preservación de la pluralidad cultural".

> *This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.*

No se va a entrar aquí a valorar el carácter que tiene este artículo[521]. Sí interesan dos consideraciones. Por un lado, que, a diferencia del caso estadounidense, en el que la existencia de la cláusula de no establecimiento en la primera enmienda suponía un freno a los intentos de los poderes públicos por tomar partido en ciertas cuestiones, en el caso canadiense no existe una previsión similar. Es más, el artículo 27 se podría llegar a interpretar como una invitación a la promoción de la diversidad cultural, cuando ésta sea vista en peligro. Por otro lado, la conjunción de los textos que hemos visto, el artículo 2 (a) (libertad religiosa), el artículo 15 (principio de igualdad) y el artículo 27 (preservación

[520] *Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*

[521] Se ha debatido sobre si este artículo genera un derecho sustancial y por tanto reclamable ante los tribunales, si es un principio interpretativo del resto del articulado de la carta o si se trata de un precepto que da dimensión grupal a derechos individuales. Ver Ruiz Vieytez, Eduardo J.; "Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades", *Revista española de Derecho constitucional*, num. 80, vol. 2, mayo-agosto, 2007, pp. 169-197.

de la pluralidad cultural) ofrecen un marco peculiar para la gestión de la diversidad religiosa en Canadá.

En su concepción de la neutralidad del Estado en materia religiosa este país encuentra también argumentos para el desarrollo de la obligación de acomodar. Es sabido que su legislación no contiene ninguna previsión oficial de separación entre Estado y confesiones religiosas, aunque se estima que la interacción entre las libertades constitucionales de conciencia y religión crea una obligación indirecta de neutralidad[522]. Una neutralidad para la que se rechazan fórmulas de laicidad cerrada propia de tradiciones como la francesa o la turca. Por el contrario, se propone una fórmula de neutralidad positiva, respetuosa con la expresión de las manifestaciones religiosas. El papel que le correspondería al Estado es el de preservar y fomentar esta pluralidad a través de varios instrumentos, uno de los cuales resulta ser el *acomodo razonable*.

La Comisión Bouchard-Taylor, convocada precisamente a raíz de la polémica generada en Quebec a propósito de las conocidas como "políticas de acomodos", tuvo ocasión de reflexionar acerca del principio de laicidad y de la interpretación (o la comprensión) que se debe dar al mismo[523]. En el informe final se reconoce que durante las consultas públicas que la Comisión realizó en otoño de 2007 la ciudadanía que tomó partido en ellas se refirió numerosas veces al concepto de laicidad. Para clarificar su contenido los académicos quebequeses aluden a los cuatro elementos que lo componen. Dos de ellos tienen que ver con la finalidad del principio (la igualdad moral de las personas y la libertad de conciencia y religión), mientras que los otros dos hacen referencia a las estructuras institucionales que permiten alcanzar esa finalidad (la neutralidad del Estado y su separación de las confesiones religiosas). Los regímenes laicos instauran un equilibrio entre estos elementos, de manera que aquéllos que pongan demasiado énfasis en los aspectos estructurales podrían llegar a penalizar los ingredientes de igualdad y libertad poniendo limitaciones a las expresiones religiosas en la esfera pública[524]. Estos regímenes

[522] Barnett, Laura; *Freedom of Religion and religious symbols in the public sphere*, Library of Parliament, Canada, 2008, p. 5.

[523] Un estudio en profundidad del posicionamiento de la Comisión, así como de los antecedentes de la misma en Elósegui Itxaso, María; "El concepto de laicidad abierta en el informe Bouchard-Taylor para Quebec" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 23, 2010, pp. 1-34.

[524] Se pone como ejemplo la legislación francesa que limita la exhibición de SDAR en la escuela pública y se estima que tal solución no es adecuada teniendo en cuenta la trayectoria de Quebec debido a que resulta contraria a la filosofía intercultural de la provincia por pretender integrar una sociedad diversa

son definidos como laicidad estricta o rígida y son juzgados como contrarios o no coherentes con la tradición canadiense. En su lugar el informe apuesta por una laicidad definida como abierta en la cual se fomente el desarrollo de las finalidades de la laicidad poniendo los aspectos estructurales al servicio de los primeros. Una opción que se presenta como continuadora de la escogida por el informe de la Comisión Prouxl[525].

7.- El cambio de paradigma del artículo 27 CCDL. El carácter "neutral" de la tradición frente a la libertad religiosa de las minorías.

Durante los años 50 del siglo XX la constitucionalidad de las leyes que establecen el domingo como día de descanso semanal fue puesta en duda tanto en Canadá[526] como en Estados Unidos[527] por quienes sostenían que resultaba contrario a la neutralidad del Estado imponer semanalmente un día festivo propio de una tradición religiosa en la medida en que suponía un apoyo a la observancia religiosa de ese credo concreto. Por otro lado, el cierre dominical podía afectar de manera negativa al ejercicio de la libertad religiosa de aquellas personas que sostenían creencias que propugnan otros días de descanso y cuyo apoyo era minoritario en la sociedad. En un primer momento, en ambos países, la legislación fue avalada por sus respectivos tribunales supremos con base en que, con independencia de la motivación que dio origen a la normativa[528], los efectos producidos por ésta son enteramente seculares puesto que responden a una necesidad de organización social ofreciendo a la ciudadanía un día semanal de descanso con un criterio uniforme.

Sin embargo, en el caso canadiense, la entrada en vigor de la CCDL obligó a revisar los criterios empleados hasta el momento, y el turno del descanso dominical llegó en 1985 en el caso *R. v. Big Drug Mart Ltd.* En esta ocasión el Tribunal Supremo de Canadá se

prescindiendo de las identidades personales. También resulta vulneradora de la neutralidad del Estado y desconecta los definidos como elementos estructurales de la laicidad con sus objetivos finales. Bouchard, Gerard y Taylor, Charles; *op. cit.* p. 49.

525 En 1999 se publicó el informe Prouxl, que abordó la cuestión de las escuelas públicas confesionales en Quebec. En lo que interesa para este estudio, la comisión redactora del informe apostó por una concepción abierta de laicidad, coherente con esa doble tradición que se da cita en el territorio francófono.

526 Se puede citar como precedente el caso *Robertson and Rosetanni v. R.,* [1963] S.C.R. 651.

527 Dos años antes que en Canadá se produjeron varios casos *Gallagher v. Crown Kosher Super Market*, 366 U.S. 617 (1961); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Two guys from Harrison-Allentown Inc., v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961); *McGowan v. Maryland* 366 U.S. 420 (1961).

528 En este punto particular el razonamiento de los tribunales difiere ya que mientras el estadounidense entiende que en la actualidad la motivación es enteramente secular, la corte canadiense no tuvo reparo en reconocer el carácter religioso de la medida.

pronunció acerca del rol que le corresponde al Estado en preservar la diversidad social en materia religiosa frente a normas de apariencia neutral y amparadas por la tradición de la mayoría pero que resultaban lesivas para la libertad religiosa de los grupos minoritarios. La ley federal conocida como *Lord's Day Act* prescribía la obligatoriedad del domingo como día de descanso semanal obligatorio, de manera que quedaba prohibida la apertura de comercios ese día de la semana.

Frente al enfoque adoptado en anteriores ocasiones, esta vez el TSC planteó dos cuestiones principales. En primer lugar, el tribunal trató de analizar si la libertad religiosa resultaba afectada por la norma puesta en cuestión. El nuevo marco jurídico obligaba a prestar atención al mencionado artículo 27 acerca de la herencia multicultural canadiense, al que se otorga el carácter de guía interpretativo de la CCDL y que debe ser tenido en cuenta para analizar la naturaleza de la garantía establecida en el artículo 2. Precisamente la influencia de la interacción entre estos dos preceptos se deja ver en la concepción que el tribunal va a desgranar sobre el significado de la libertad religiosa en una sociedad diversa y el rol que corresponde a los credos minoritarios.

> *What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The Charter safeguards religious minorities from the threat of "the tyranny of the majority" (...) to accept that Parliament retains the right to compel universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. To do so is contrary to the expressed provisions of s. 27.* [529]

Aunque en la legislación canadiense no figura una previsión similar a la cláusula de no establecimiento estadounidense, sí se presta atención a los efectos que la norma produce en la práctica y al impacto desfavorable que acarrea en los credos que no guardan la festividad del domingo, con lo que el razonamiento empleado guarda relación con el de la protección contra la discriminación.

> *Non-Christians are prohibited for religious reasons from carrying out activities which are otherwise lawful, moral and normal. The arm of the state requires all to remember the Lord's day of the Christians and to keep it holy. The protection of one religion and*

[529] *R. v. Big Drug Mart Ltd*, op. cit. § 96-99.

> *the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious freedom of the collectivity.*[530]

En ocasiones la apelación al carácter neutral o no confesional de la norma lleva a validar el punto de vista mayoritario afirmando que no se produce interferencia con la libertad religiosa de los grupos minoritarios en la medida en que no se prohíbe ninguna práctica ni se interfiere con la dimensión negativa de la libertad religiosa. Con este planteamiento se obvia el hecho de que para los grupos minoritarios la legislación está lejos de tener un enfoque neutral puesto que les obliga a renunciar a un precepto necesario en su práctica religiosa para adecuarse al estándar de la mayoría. El rechazo a esta concepción de la neutralidad fue explicado por Jerome Barron en un argumento que es tomado prestado por el tribunal.

> *The Sabbatarian, the agnostic, and the indifferent Christian may not be required to observe Sunday in church; neither should they be compelled to acknowledge that day as a religious idea. The legislature may be able to divorce the secular Sunday from the religious Sunday of history, but the Orthodox Jew, the Seventh Day Adventist, and the atheist cannot.*[531]

Como ha quedado dicho, lo que aquí nos interesa es el razonamiento en torno al papel de los credos minoritarios y la manera en que una legislación secular (en el sentido de carente de motivación religiosa) puede interferir en su libertad de creencias a través de los efectos que produce. En consecuencia, el tribunal estimó que la ley vulneraba la libertad religiosa.

La segunda de las cuestiones abordadas llevaba a analizar la legitimidad de la interferencia producida a la luz de la previsión contenida en la sección primera de la CCDL. La fórmula que emplea este artículo, si la medida es justificable en una sociedad libre y democrática, recuerda a la contenida en el CEDH y puede ser reconducida al sentido que tiene el "compelling State interest" empleado en la jurisprudencia estadounidense. Una vez identificado el interés preponderante objeto de protección, la sentencia pasa a valorar la conveniencia o no de los medios empleados para su preservación a través de un test de proporcionalidad[532].

Los intereses merecedores de protección en la ley se identifican con criterios de orden, salud y conveniencia pública que exigen la determinación de unas jornadas

[530] Ibíd. §98

[531] Barron, Jerome A.; "Sunday in North America" en *Harvard Law Review*, vol. 79, 1965, p. 53

[532] *R. v. Big Drug Mart Ltd*, op. cit. § 139.

estandarizadas de trabajo, así como de descanso. La justificación de los mismos con base en criterios de pragmatismo o de tradición no sana, a juicio del TSC, el origen confesional de la norma ni los efectos adversos que provoca en grupos concretos, como son aquéllos que tienen, por indicación de sus creencias, un día de descanso diferente del domingo. Ante la imposibilidad de que la norma pase el test del artículo 1 CCDL se impone una contradicción entre la *Lord's day Act* y el artículo 2 CCDL. No nos parece que el razonamiento del TSC en este caso haya sido llevado con la profundidad que requiere el test de proporcionalidad. En cualquier caso, se aprecia, y de ahí nuestro interés en analizar este fallo, un rechazo de la justificación basada en planteamientos asimilacionistas en relación con las normas generales y neutrales al tiempo que se atiende a los perjuicios producidos en los grupos minoritarios cuya tutela está encargada por el artículo 27 CCDL. Que el TSC optase por este camino en un asunto tan sensible como es el del día semanal de descanso resulta muy significativo y valida el camino empleado por el poder legislativo al aprobar la CCDL.

8.- La ruptura con la igualdad formal

Los conceptos de igualdad y no discriminación, tal y como vienen previstos en la CCDL fueron objeto de reflexión para el TSC en el caso *Andrews v. Law Society of British Columbia*[533]. El señor Andrews, ciudadano británico con residencia permanente en Canadá, cumplía todos los requisitos para acceder al colegio de abogados de la Columbia Británica, salvo el de poseer la ciudadanía canadiense. Este requisito era, a juicio del demandante, contrario a las previsiones del artículo 15 CCDL. La importancia de este pronunciamiento reside en que el tribunal va a definir conceptos que dan forma al acercamiento canadiense a esta materia. En *Andrews* se rechaza el llamado "*similarly situated test*", vinculado a la idea de igualdad formal y que propugna que quienes están situados en un plano similar deben recibir un trato similar y quienes están situados de manera diferente deben recibir un trato diferente. Enfoque que está elaborado a partir de un conocido principio aristotélico. En el fallo se sostiene que, por el contrario, un trato similar no debe desembocar necesariamente en la igualdad, ni un trato diferenciado debe desembocar necesariamente en la desigualdad. Consecuentemente, el objetivo de eliminación de las diferencias no está presente en el espíritu del artículo 15, y se rechaza con ello el ideal asimilacionista que en ocasiones acompaña al principio de igualdad. Con

[533] [1989] 1 SCR 143.

esta interpretación se abre la puerta a medidas de acomodo para gestionar esas diferencias existentes en la sociedad. La pregunta que cabe hacerse en este punto es por el tipo de diferenciaciones que serían aceptables a la luz del artículo 15.

Precisamente el subrayado que hace el texto de este artículo "sin discriminación alguna", lleva al tribunal a formular una definición de discriminación.

> *Discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.*

En esta definición se han incluido elementos que están presentes en la figura de la "*Adverse effect discrimination*" o discriminación indirecta. Como ya se ha visto, la referencia a los efectos del acto discriminatorio y no a su intencionalidad, llevan la definición más allá de los aspectos formales de la igualdad y la entronca con el ideal de la igualdad material. Por tanto, siempre que el trato diferencial se deba a características personales o grupales y conduzca a cargas o limitaciones no soportadas por otras personas o grupos será cuando estemos ante un supuesto discriminatorio prohibido por el texto del artículo 15(1).

La opción por esta definición deja dos cuestiones abiertas que nos resultan de interés. Por un lado, podemos preguntarnos si en esta formulación de la prohibición de discriminación habría naturalmente un mandato de protección. En el ideal de la igualdad formal la prohibición de discriminación comporta una exigencia de abstenerse de dañar a otros, que resulta coherente con una interpretación liberal del Estado y una concepción correctiva de la justicia. En el ideal de la discriminación indirecta podría ir implícita una necesidad de actuación positiva por parte de quien ha realizado el acto discriminatorio, que entronca con los requisitos de un Estado social y que responde a un ideal de justicia participativa[534]. De esta manera vemos cómo esta concepción de la discriminación indirecta permite atisbar una necesidad de acomodo de las necesidades religiosas cuando éstas pueden ser

[534] Aguilera Rull, Aradna; *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, op. cit. pp. 177-180.

causa de la imposición, en ciertas personas, de desventajas, cargas u obligaciones que otras personas que no comparten esa característica personal de adscripción a ese credo religioso, no tienen que soportar.

La segunda cuestión de interés es la de si hay lugar para una interpretación grupal de la discriminación indirecta. El TSEUA ha mostrado una visión más individualista y liberal de esta figura, pero en la definición que da el TSC se hace referencia al diferente impacto que una medida tiene en quienes componen un determinado colectivo. A través de esta vertiente grupal se está en disposición de poner en cuestión el estándar de lo bueno que una norma da por sentado. Es lo que se conoce como el "dilema de la diferencia". Para predicar que algo o alguien es diferente se necesita hacer un ejercicio comparativo en el que cierto estándar es considerado bueno o normal y frente al cual otros comportamientos son calificados de "diferentes" En la sentencia de *Andrews* se pone como ejemplo de caso de *Bliss v. Canada*[535] en el que una mujer embarazada se vio privada de ciertos beneficios laborales durante su periodo de baja maternal. Para el tribunal la legislación entonces vigente no la discriminaba por razón de sexo, sino que la trataba como una persona en situación de baja por enfermedad y bajo esa categoría todas las personas eran tratadas iguales. Lo que late bajo esa afirmación es que lo que en aquel momento la legislación laboral canadiense consideraba "normal" no era otra cosa que un trabajador varón, soltero o casado, pero en cualquier caso sin cargas familiares o desentendido de las mismas, frente al cual el colectivo de mujeres trabajadoras que compatibilizaban su dedicación profesional y familiar resultaba discriminado.

Por tanto, en ocasiones, los requisitos impuestos por las normas o estándares laborales pueden tener más que ver con las características del grupo dominante que con criterios de eficacia. La conciencia de este hecho permite evitar la asimilación de aquellos grupos que no han tenido acceso históricamente a la implantación de esos estándares. Sin embargo, tampoco sería correcto establecer políticas con base en la pertenencia de las personas a ciertos grupos sin que cupiese la posibilidad de salir de ellos o de legislar con base en criterios de igualdad para todos ellos[536]. De ahí que el dilema de la diferencia *"puede*

[535] [1979] 1 S.C.R. 183

[536] Esa tension entre identidad cultural e identidad democrática, esto es, evitar tanto la concepción homogeneizadora del derecho como las tendencias de eventual imposición cultural que se pueden dar en el seno de los grupos sobre sus miembros, ha sido tratada por Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; "Identidad cultural y derechos constitucionales de la personalidad. El problema de la integración jurídica de la multiculturalidad"

plantearse como una elección entre integración y separación, como una elección entre tratar de forma similar y tratar de forma especial, o como la elección entre la neutralidad y la acomodación[537] *".*

Precisamente el dilema entre neutralidad y acomodo que se presenta desde el ideal de la discriminación indirecta se le planteó al TSC en materia religiosa por primera vez en el caso de *O´Malley v. Simpson Sears*[538]. A continuación, veremos el razonamiento que ofreció para éste y posteriores casos. Para tener una visión más amplia de la concepción canadiense del *acomodo razonable* también se mencionará la sentencia del caso *Central Okanagan School District nº 23 v. Renaud*[539].

9.- La apuesta por un acomodo negociado

Al igual que en los casos estadounidenses analizados, ambos demandantes planteaban reclamaciones de acomodo que tenían que ver con el día de descanso semanal (sábado) que su fe les prescribía y que entraba en contradicción con el calendario laboral de sus respectivas empresas. Además del marco legislativo de la CCDL, en ambos casos eran aplicables las leyes de derechos humanos vigentes en la provincia de residencia de cada

en Ruiz-Rico, G., Moreno-Torres, M.L. y Pérez Sola, N. (coords.) *Principios y derechos constitucionales de la personalidad. Su proyección en la legislación civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 385-406.

[537] Martha Minow, *Making all the difference*, 1990, citado por Aguilera, Ariadna; op. cit., pp. 181-182. Volveremos sobre ello en el capítulo 5.

[538] [1985] 2 S.C.R. 536. Theresa O'Malley trabajaba en *Simpson-Sears*, cuyo horario de atención al público incluía las tardes de los viernes y sábados en los que se concentraba el mayor nivel en las ventas. Los turnos en estos días eran asignados de manera rotativa entre el personal comercial. En octubre de 1978 la señora O'Malley puso en conocimiento del encargado de personal que había entrado en la Iglesia Adventista del séptimo día que exige respetar el *Sabbat*. El encargado le hizo ver que se le exigiría cumplir con el horario de trabajo establecido, ante lo cual la demandante decidió dejar su puesto de trabajo. Posteriormente la empresa le ofreció trabajar a media jornada, con la consiguiente reducción de salario. La empresa también se comprometió a valorar su candidatura para puestos vacantes que fuesen compatibles con sus necesidades religiosas. Desgraciadamente las alternativas que se le ofrecieron requerían bien trabajar el sábado o bien un perfil laboral superior al de la demandante. La señora O'Malley demandó a la empresa por discriminación.

[539] [1992] 2 S.C.R. 970. Larry Renaud, miembro de la Iglesia Adventista del séptimo día, no podía dedicar el *Sabbat* a actividades seculares. Ciertos turnos del centro de enseñanza primaria en los que impartía clases incluían la noche del viernes y la jornada del sábado. Cuando el señor Renaud puso a los directores del centro en conocimiento de sus necesidades religiosas, éstos le indicaron que cualquier cambio en los turnos debía hacerse con consentimiento del sindicato con el que se había negociado el convenio colectivo. Fruto de las conversaciones entre la dirección y el demandante (que no quería perder salario trabajando sólo 4 días por semana) se decidió que la mejor solución de acomodo consistía en crear una jornada semanal de domingo a jueves, para lo cual se precisaba del consentimiento sindical. El sindicato, reacio a violar los términos del convenio colectivo, se negó.

uno de los demandantes[540]. A diferencia del Título VII LDC, no existía en Canadá ninguna norma que previese la obligación de acomodar.

Se acepta que el calendario laboral de las empresas ha sido elaborado sin ánimo discriminatorio y por motivos legítimos. Su aplicación es igual para todas las personas, de manera que la pregunta es si existe discriminación. La práctica de escoger el domingo como día de descanso entra dentro de la libertad de empresa, una de cuyas facultades es la de organizar el trabajo de la manera más eficiente para sus fines. Con independencia de cuáles son los orígenes históricos del descanso dominical, lo cierto es que hoy en día esta medida es asumida con naturalidad por la mayoría de la fuerza de trabajo. Sin embargo, a quienes son practicantes de una religión que tiene un día diferente del domingo para ser dedicado a actividades religiosas se les plantea la disyuntiva de escoger entre mantener su puesto de trabajo a costa de su práctica religiosa o bien continuar en la observancia sacrificando su profesión. Esta dura decisión, que está basada en una característica personal como es la pertenencia a una religión y no a otra, supone tener que asumir una carga o desventaja (en el sentido en que lo dice la definición del caso *Andrews*) que a otras personas no se les plantea.

De manera que, atendiendo a los efectos que la norma produce, el tribunal del caso O'Malley puso sus ojos en la figura de la *Adverse effect discrimination*, que desde el caso *Duke Power* también había empezado a ser empleada por los tribunales canadienses[541]. El TSC identifica la discriminación indirecta en aquellos casos en los que la empresa, llevada por necesidades de su negocio, adopta una norma o estándar que es neutral a primera vista pero que provoca un efecto diferenciado en un empleado o grupo de ellos a consecuencia de una característica especial de estos últimos no compartida por otros miembros del personal. Hasta este punto la carga de la prueba le corresponde al empleado

[540] En el caso O'Malley, la *Ontario Human Rights Code* R.S.O. 1980 y en el caso de Renaud la *British Columbia Human Rights Act, S.B.C. 1984*. Ambos textos prohibían la discriminación laboral en términos genéricos.

[541] Se cita como primera ocasión el caso *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.* (Ontario Human Rights Board of Inquiry), decisión inédita de mayo de 1977. Se aceptó la existencia de una discriminación basada en religión ante el rechazo que se produjo por la empresa a una solicitud de empleo de un ciudadano Sij que no cumplía los requerimientos de vestimenta y presencia física (afeitado) por estar comprometido con los requerimientos de su fe. Ver Camós Victoria, Ignacio; "La evolución del tratamiento de la discriminación en materia de empleo en aplicación de las cartas de libertades de las personas en Canadá y Quebec", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 37, 2002, p.138.

y supondría un reconocimiento *prima facie* de la existencia de discriminación. La cuestión controvertida es qué ocurre a partir de este momento.

En estos casos se activa un test de proporcionalidad que ponderará los intereses en conflicto. Por un lado, la libertad de empresa y por otro la libertad religiosa de las personas empleadas. Si en la ponderación de los intereses en juego se concluye que esa norma constituye un *requerimiento profesional impuesto de buena fe*[542] (RPBF), la libertad religiosa se vería obligada a decaer. Para los casos en que la norma no pudiera ser amparada como un RPBF la ley no preveía nada. Ante este vacío legal, el TSC se vio obligado a dar una respuesta (y lo hizo positivamente) a la interrogante sobre si la definición de discriminación indirecta no encierra implícitamente una obligación de reparación. La "cobertura" jurídica a esta situación la encuentra en la importación de la obligación de acomodar. De ahí que, como apunta Woerling[543], la obligación de acomodar se configura en Canadá como una exigencia del principio de igualdad y el corolario de la prohibición de la discriminación indirecta.

Ahora bien, el reconocimiento de la existencia de discriminación por causa de religión no conlleva automáticamente un derecho a implementar un remedio. Se acepta que el espíritu de la ley requiere cierta forma de acomodo de las prácticas que han originado el conflicto, pero en el marco de un modelo flexible que resulte garantista tanto para la protección del derecho a la libertad religiosa como para la adecuada gestión del negocio. Por esta razón la configuración del concepto de *carga excesiva* se articula por el TSC como una garantía más que como un límite del ejercicio del *acomodo razonable*[544].

Efectivamente, el rechazo expreso por parte del TSC de emplear el requisito "de minimis" de su homólogo estadounidense implica que el concepto de *carga excesiva* se pretende

[542] *Bona Fide occupational requirement* es la expresión empleada en la ley. Esta formulación viene a cumplir la misma función que en la discriminación por efecto adverso del TSEUA tiene el *test de objetividad* a través del cual se debe demostrar, por la parte empleadora, que la norma impugnada tiene relación manifiesta con el puesto de trabajo y que es necesaria para alcanzar un objetivo legítimo y no discriminatorio.

[543] Woehrling, José; "L'obligation d'accommodement raisonnable et l 'adaptation de la société a la diversité religieuse", en *Revue de droit de McGill*, nº 43, 1998, p. 330.

[544] *O'Malley v. Simpson Sears*, op. cit. "*Accepting the proposition that there is a duty to accommodate imposed on the employer, it becomes necessary to put some realistic limit upon it. The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer*".

articular como un elemento que sirva para ejecutar un test de proporcionalidad a la hora de aplicar acciones positivas. Un elemento previsible en su formulación, pero variable en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así fue definido en el caso conocido como *Central Alberta Dairy Pool*[545] , donde se listaron varios factores que, lejos de ser una enumeración cerrada o exhaustiva, pretendían ofrecer una guía cuya puesta en valor frente a la libertad de religión podría dar un resultado diferente según el caso ante el que nos encontrásemos:

> *"...financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue, both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations."*

Un aspecto controvertido al que el TSC tuvo que dar respuesta es el eventual conflicto que surge entre la obligación de acomodar y los requerimientos laborales emanados de un convenio colectivo. Se plantea aquí la segunda de las preguntas que nos hacíamos respecto a la discriminación indirecta y que tiene su núcleo en el dilema de la diferencia. Un colectivo perfectamente legitimado, en tanto que ostenta la representación de la mayoría de la fuerza de trabajo, ha acordado unas condiciones laborales que quedan plasmadas en el texto del convenio colectivo. Sin embargo, esa negociación no ha previsto la existencia de determinadas necesidades de carácter religioso que pueden ser presentadas por personas o colectivos no representados o que no tienen peso suficiente dentro de ese agente negociador. ¿Qué hacer ante un conflicto de este tipo? La respuesta difiere según se adopten posturas neutrales, que ignoren el conflicto y en consecuencia conduzcan a las personas con necesidades de este tipo a integrarse o asimilarse en lo establecido por la negociación, o bien se opte por posturas favorables al acomodo que acepten un trato especial en forma de acciones positivas.

En el caso *Renaud*, el tribunal entiende que lo pactado en un convenio colectivo está provocando una interferencia en la libertad religiosa del demandante. Cuando esta medida no pueda ser justificada como un RPBF y tenga efectos discriminatorios, se produce un choque entre la legitimidad representativa del convenio colectivo y el ejercicio, garantizado constitucionalmente, de un derecho fundamental. Para el TSC, de la misma

[545] *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489.*

manera que la existencia de una relación laboral no supone la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, tampoco lo pactado en un convenio colectivo debería suponer un paréntesis respecto al marco jurídico aplicable en materia de discriminación. Dicho de otro modo, obligar a la persona afectada a integrarse en los términos del convenio a pesar de los efectos que éste provoca, supondría aceptar que lo pactado podría quedar eximido de la legislación en materia de Derechos Humanos.

De manera que el convenio colectivo no exime a las partes de su obligación de acomodar. Ahora bien, el efecto que produzca el acomodo debe ser tenido en cuenta dentro del límite que marca la *carga excesiva*. En ese sentido, un acomodo que suponga incumplir sustancialmente los términos y condiciones de la operativa pactada en el convenio puede ser considerado como una interferencia indebida en el desarrollo del negocio. Conviene recordar que en el caso concreto de *Renaud*, las partes involucradas consideraban que la mejor alternativa de acomodo consistía en la creación de un nuevo turno (de domingo a jueves) que satisfacía tanto al centro educativo como a la parte demandante. Sin embargo, la puesta en marcha de esta medida precisaba de la colaboración del sindicato ya que suponía introducir una exención en lo previsto en el convenio. Esa falta de asistencia en la materialización del acuerdo es la que critica la sentencia al subrayar que la obligación de acomodo es una "indagación multilateral" en cuya consecución se precisa el compromiso de todas las partes involucradas. En consecuencia, el sindicato también estaría afecto por la obligación de acomodar[546].

[546] *Central Okanagan School District nº 23 v. Renaud,* op. cit.*" By incorporating the work schedule in the collective agreement and insisting in adherence to it, the union contributed to the discrimination. Its conduct was a factor in the formation of the discriminatory rule and in its operation. The union also contributed to the continuation of the discrimination with its refusal to accept the employer-suggested accommodation which was not only reasonable but the most reasonable solution to the problem. It had a duty to co-operate with the employer in arriving at a reasonable solution to the problem which it failed to do".*

IV.- EL ACOMODO RAZONABLE COMO INSTRUMENTO PARA LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD RELIGIOSA

> You load sixteen tons, and what do you get?
> Another day older and deeper in debt
> Saint Peter don't you call me 'cause I can't go
> I owe my soul to the company store.
>
> Merle Travis – *Sixteen Tons*

A partir de su origen en el ámbito de las relaciones laborales privadas, y a pesar de su diferente evolución, el *acomodo razonable* de las necesidades religiosas ha seguido siendo un instrumento a tener en cuenta tanto en Estados Unidos como en Canadá. A partir de este momento, y también en el próximo capítulo, nuestro estudio prestará una especial atención a este último país por ser el que más ha empleado la figura y por haber establecido, en el caso quebequés, un debate de calado que nos permitirá analizar su potencial y sus limitaciones.

En el caso estadounidense interesa consignar que, aunque en su redacción original el Título VII de la LDC sólo preveía las relaciones laborales privadas, en la reforma de 1972 se amplió su cobertura a los empleados públicos locales y estatales, sindicatos, agencias del gobierno federal y agencias de empleo[547]. EEOC recuerda que la expresión religiosa de los empleados públicos está protegida tanto por la primera enmienda de la Constitución como por el Título VII[548]. En 1997 el gobierno estadounidense promulgó unas directrices para la expresión religiosa en el puesto de trabajo federal[549]. Las mismas tienen por objeto a aquellas personas que actúan dentro de su capacidad personal en el empleo federal y sin que el público tenga acceso a su lugar de trabajo. El criterio que inspiraba a este documento era la expresión de las necesidades religiosas en tanto no afectaran a las funciones a desempeñar.

[547] Con el requisito de que deberían dar empleo a quince o más empleados. Sec. 701 (a) Title VII, 42 U.S.C.A. § 2000e(a).

[548] A través de su página web se desgranan varias preguntas acerca de la discriminación religiosa en el puesto de trabajo. http://www.eeoc.gov/policy/docs/qanda_religion.html

[549] White House, Guidelines on religious exercise and religious expression in the federal workplace, 14 de Agosto de 1997, disponible en http://www.fedglobe.org/issues/religiousguidelines.htm

> *Executive departments and agencies ("agencies") shall permit personal religious expression by Federal employees to the greatest extent possible, consistent with requirements of law and interests in workplace efficiency.*

Una vez definida la prohibición de discriminación por motivos religiosos (en la contratación, promoción, así como en la denegación u obtención de beneficios), se prevé el acomodo de las necesidades religiosas del funcionariado siempre que no suponga una carga excesiva para el ejercicio de la función desempeñada por la agencia estatal. Como se ha visto el TSEUA formuló este requisito con un contenido *de minimis*, circunstancia que es prevista por las directrices para apuntar que sin perjuicio de esta característica la cualidad excesiva de la carga a soportar no puede ser hipotética o especulativa sino cierta.

> *Federal law requires an agency to accommodate employees' exercise of their religion unless such accommodation would impose an undue hardship on the conduct of the agency's operations. Though an agency need not make an accommodation that will result in more than a* de minimis *cost to the agency, that cost or hardship nevertheless must be real rather than speculative or hypothetical: the accommodation should be made unless it would cause an actual cost to the agency or to other employees or an actual disruption of work, or unless it is otherwise barred by law.*

Entre las actitudes permitidas bajo esta afirmación se incluye explícitamente el empleo de signos dinámicos de adscripción religiosa.

> *An employee must be permitted to wear religious garb, such as a crucifix, a yarmulke, or a head scarf or hijab, if wearing such attire during the work day is part of the employee's religious practice or expression, so long as the wearing of such garb does not unduly interfere with the functioning of the workplace.*

De manera coherente con la prohibición de establecimiento de credo alguno como religión oficial del Estado, contenida en la primera enmienda constitucional, uno de los límites ineludibles de la manifestación religiosa en el puesto de trabajo federal es el de no realizar actos que pudieran interpretarse como indicadores de una confesionalidad estatal. Para ello se emplea el criterio del "observador racional".

> *Supervisors and employees must not engage in activities or expression that a reasonable observer would interpret as Government endorsement or denigration of religion or a particular religion.*

Para nuestro estudio merece un análisis especial la experiencia canadiense en el ámbito del acomodo razonable. Ya se ha visto cómo su origen estadounidense está en una

iniciativa del poder legislativo mientras que en Canadá su construcción es realizada por la jurisprudencia como corolario del principio de igualdad. A partir de ahí se ha empleado numerosas veces tanto por los tribunales como por los poderes públicos al implementar políticas que tienen que ver con la gestión de la diversidad. De ahí que los términos "acomodo" o "políticas de acomodo" hayan entrado a formar parte del léxico de aquellos debates que procuran abordar el papel que corresponde a las prácticas de armonización para la gestión de la diversidad. El informe redactado por la Comisión Bouchard-Taylor analizó las prácticas de armonización para las demandas religiosas y las clasificó, de acuerdo a la obligación que presentaban, en *arreglos informales* (cuando se llega a un entendimiento basado en la buena voluntad de los contrayentes sin que propiamente haya una obligación de hacerlo), *ajustes concertados* (se produciría cuando la obligación de acomodar se materializa, no porque la reclamación se haya sustanciado en la vía judicial, sino porque, de manera informal, las partes han llegado a un acuerdo) y los *acomodos razonables* (expresión reservada para aquellas demandas resueltas en la vía judicial).

En relación con el término *acomodo razonable,* Pierre Bosset[550] ha identificado los tres sentidos que se relacionan con el mismo. Por un lado, se emplea en un sentido profano y se alude a aquellas formas de arreglo o acuerdo con las cuales se pretende dar cauce a la solución de un conflicto de naturaleza cultural, religiosa o de otra índole. En segundo lugar, cuenta con un sentido genérico que resulta de uso común entre los juristas y se refiere a la adaptación que se hace de una norma jurídica para paliar el impacto que la misma puede tener sobre un derecho constitucionalmente protegido. En esta categoría entran instituciones como la objeción de conciencia, la defensa cultural o la excepción constitucional. Finalmente, en tercer lugar figura el sentido técnico del término cuya gestación se ha visto en el caso *Simpson-Sears* y que, partiendo del reconocimiento de la forma indirecta de discriminación, configura una obligación de acomodar aquellas normas o estándares organizativos que, incluso aunque no hayan sido concebidas con un propósito discriminatorio, provoquen efectos adversos en el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona, a menos que ello provoque una carga excesiva en la institución o persona acomodante.

[550] Bosset, Pierre; "Reflexions on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religión". Resolución adoptada por la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* de Quebec, el 10 de septiembre de 2004. Resolución COM.497-5.1.2.

Nuestro interés se centra en este sentido técnico o jurídico del término y en la manera en que se ha articulado a través de él tanto el empleo como la limitación al uso de signos dinámicos de adscripción religiosa. En el próximo capítulo se abordará el análisis de casos en esta materia. Por ahora interesa, previamente, reflexionar sobre el alcance que esta figura tiene de acuerdo a su evolución. Como corolario del principio de igualdad, la obligación de acomodar hasta el límite de lo razonable puede ser requerida en todos aquellos campos que son protegidos en contra de la discriminación, tanto en el mercado laboral como en el acceso a bienes y servicios. Por ello, si bien ha sido en el ámbito de la religión en el que este instrumento tuvo su origen, posteriormente su rango de aplicación ha sido especialmente notable en los campos de la discriminación por razón de discapacidad[551] y por razón de género[552].

Bosset[553] apunta que el fundamento del *acomodo razonable*, además de ser jurídico, hay que buscarlo también en el terreno de la inclusión social. Aquellas normas o estándares de comportamiento que han sido formulados con carácter general pueden resultar excluyentes para con las personas pertenecientes a ciertos grupos cuyas circunstancias personales no han sido tenidas en cuenta al elaborar el criterio normativo. De esta forma se lograría una función integradora de aquellas minorías tradicionalmente ajenas a la participación en determinadas instituciones, en la vida social o en el mercado laboral. De esta forma, de acuerdo al análisis que hace Myriam Jézéquel[554] la obligación de acomodar adquiere el carácter de medida proactiva más que simplemente reactiva, al exigir de

[551] En el ámbito de la discriminación por discapacidad se puede destacar el caso *British Columbia (Superintendent of motor vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868. La autoridad encargada de expedir el permiso de conducir rechazó renovar la licencia de una persona que tenía una enfermedad ocular que le privaba de la visión periférica izquierda en ambos ojos. Aunque la normativa preveía excepciones para otros casos y el demandante fue superando los diferentes test a los que fue sometido, la autoridad denegó su petición. El TSC entendió que la aplicación de los estándares visuales de la norma de manera inflexible podía dar lugar a una situación de discriminación hacia las personas que sufrían la misma enfermedad que el demandante. La discriminación por razón de discapacidad en el acceso a bienes y servicios fue analizada por el TSC en *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 en el que el tribunal estimó que el servicio sanitario no fue capaz de adaptar su protocolo de atención médica a las necesidades de los demandantes, personas sordas que empleaban el lenguaje de signos como forma de comunicación principal, causando así un efecto perjudicial en los mismos al correr el riesgo de sufrir una atención deficiente y un diagnóstico equivocado.

[552] *British Columbia (Public service employee relations commission) v. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 S.C.R. 3; conocido como caso *Meiorin*, será analizado posteriormente porque a través del mismo se estableció un método de análisis de la objetividad del requisito impuesto por la norma que genera efectos adversos.

[553] Bosset, Pierre; "Reflexions on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religión", op. cit. pp. 3-4.

[554] Jézéquel, Myriam; "The reasonable accommodation requirement: potential and limits" en *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society.* Trends in social cohesion, nº 21, Strasbourg: Council of Europe Publishing, pp. 21-35.

individuos y comunidades que se tomen medidas positivas cuya consecuencia es la de incorporar la noción de igualdad sustancial al funcionamiento ordinario de las organizaciones e instituciones. En el conocido como caso *Meiorin* el TSC formuló esta visión amplia del acomodo razonable:

> *By enacting human rights statutes and providing that they are applicable to the workplace, the legislatures have determined that the standards governing the performance of work should be designed to reflect all members of society, in so far as this is reasonably possible*[555].

Como bien se ha apuntado, la orientación individual y casuística del *acomodo razonable*, así como su rechazo a gestionar la diversidad religiosa implementando normas prohibitivas de aplicación general es plenamente coherente con la tradición del *Common Law*. De la misma forma, y por el mismo motivo, tampoco tienen encaje en la formulación de esta figura la incorporación de principios propios del Derecho religioso o el reconocimiento de derechos de naturaleza colectiva[556]. En el proceso de dotación de contenido que ha recibido el acomodo razonable en Canadá y que lo ha configurado como un instrumento jurídico orientado a la pluralización democrática conviene citar algunos elementos que no han sido ajenos a la controversia que esta figura ha despertado en la opinión pública. Los analizaremos a continuación: el concepto de carga excesiva, las consecuencias que la determinación de los efectos adversos tiene sobre la norma o estándar considerado discriminatorio o la definición de religión adoptada por los tribunales canadienses.

La definición de carga excesiva. Ya se ha visto cómo en el caso *Renaud* el TSC declinó seguir la línea de razonamiento de su homólogo estadounidense que configuró la carga excesiva como un requisito "de minimis". También se ha citado el caso *Central Alberta Dairy Pool* en el que se ofrecieron líneas de discernimiento para dotar de contenido al concepto. Posteriores sentencias han ido abundando sobre esta materia, de manera que se pueden agrupar en tres medidas o juicios[557] los factores que se pueden tener en cuenta a

[555] *British Columbia (public service employee relations commission) v. BCGSEU*, op. cit. § 68.

[556] Ruiz Vieytez, Eduardo J. y Morondo Taramundi, Dolores; "El tratamiento jurídico y político de la diversidad religiosa en Quebec y Canadá" en *Migraciones*, nº 33, 2013, pp. 67-95.

[557] Bosset, Pierre y Foblets, Marie-Claire; "Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?" en *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society.* Trends in social cohesion, nº 21, Strasbourg : Council of Europe Publishing, 2009, pp. 37-65, coinciden en su clasificación tripartita con la propuesta por Brunelle, Christian; *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville : Editions Yvon Blais, 2001.

la hora de valorar, tanto en el ámbito laboral como en el acceso a bienes y servicios, el peso atribuible a los costes que traen consigo los acomodos solicitados atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

a) Costes financieros. El test financiero parte de la evidencia de que los recursos materiales y financieros de una institución o una persona son limitados, de manera que habrá que poner en relación el coste efectivo (material, en dinero) con variables tales como la naturaleza del negocio o la institución, su tamaño, aspectos contextuales como las fuentes de financiación, la salud financiera, el presupuesto operativo o la misma coyuntura económica general.
b) Funcionamiento efectivo del negocio o de la institución. Valorar este aspecto resulta altamente contextual ya que los asuntos operativos dependen de cuestiones muy concretas y apegadas al día a día de cada organización. De manera general se podrían citar la adaptabilidad del puesto de trabajo (desde los turnos adscritos hasta aspectos materiales como eventuales reformas físicas del espacio de trabajo), el número de personas afectadas, el impacto en la productividad, la duración del acomodo solicitado… Cuestiones todas con peso específico en la organización y razonablemente demostrables. Por ello se suelen excluir de esta lista aspectos como la incomodidad administrativa del acomodo, las preferencias de la clientela o los miedos a impugnaciones sindicales, como se vio en el caso *Renaud*.
c) Vulneración de derechos de terceras personas. Este es el ámbito en el que se puede plantear un eventual conflicto de derechos fundamentales. Además de eso, se valorarán cuestiones como la salubridad o la seguridad de terceros afectados. Uno de los aspectos más delicados al articular este test es la conflictividad con los convenios colectivos. En el ya analizado caso *Renaud* se plantea una contradicción de este tipo. El TSC recordó que los sindicatos también están afectos por la obligación de acomodar cuando los efectos adversos emanan del convenio colectivo y, por tanto, debía estudiar la petición de acomodo planteada por el señor Renaud. Los principios de igualdad y no discriminación contenidos en la CCDL, así como la obligación de acomodar que se derivan de ellos forman parte también de la legislación que enmarca al convenio colectivo o al pacto de empresa. No obstante, está claro que se trata de un terreno delicado. El miedo a interferir con los derechos de terceros o con la óptima organización alcanzada en

> el convenio colectivo a través de la negociación es legítima y comprensible. El *acomodo razonable*, a la manera canadiense, impone la necesidad de negociar tomando en consideración las circunstancias concurrentes, sin que el mero miedo, la precaución o las actitudes inconsistentes con los derechos humanos sean argumentos válidos para rechazar un potencial acuerdo.

En relación con lo sostenido a propósito de las negociaciones colectivas, parecería que la obligación de acomodar se presentase como un límite a la autonomía negociadora que inspira a las partes de la relación laboral[558] al alcanzar un convenio o un pacto de empresa. Sin embargo, también es cierto que los mecanismos tradicionales de negociación colectiva[559] no prevén, con frecuencia, las posibles demandas de los grupos minoritarios que, a consecuencia de ello, quedan en una situación subsidiaria si pretenden denunciar lo contenido en el convenio. Sin negar la lógica democrática de la negociación colectiva, la obligación de acomodar ofrece a todas las personas cuyas relaciones quedan reguladas por los convenios o pactos de empresa una protección adicional contra la exclusión injusta, no precisamente a través de un instrumento ajeno a la lógica de las relaciones laborales sino inserta dentro de la misma, pues ese es precisamente uno de los roles de las cartas de derechos y libertades en el orden normativo canadiense: regular las relaciones interpersonales y servir de marco para su ejercicio[560].

Los efectos sobre el estándar o norma discriminatoria. La adopción del concepto de discriminación por efecto adverso o discriminación indirecta fue considerada un paso relevante en el avance hacia una concepción sustancial de la igualdad. La figura del *acomodo razonable* está relacionada con esta evolución. El problema surgió cuando, tras la adopción de este instrumento por parte de los tribunales, convivieron dos caminos a seguir, conceptualmente diferentes, al encontrar un caso de discriminación directa (cuya consecuencia sobre la norma o estándar laboral considerado discriminatorio era la nulidad de la misma) o uno etiquetado como discriminación indirecta (que no provocaba de manera inmediata la pérdida de vigencia del precepto sino que daba paso a un acomodo individual hasta el límite de la carga excesiva). Este modelo de análisis, que fue calificado

[558] Que se entiende que son las mejor situadas para establecer la forma en la que se van a regir sus relaciones.

[559] Brunelle, Christian; "Un corps étranger dans les milieux de travails sindiqués? " en *Effectif*, abril/mayo, 2007, pp. 17-19. Disponible en www.orhri.org/effectif *« La convention collective, négociée par un syndicat qui dispose d'ailleurs d'un monopole de représentation, y est assimilée à la « loi des parties » comme pour mieux souligner la plénitude – sinon la prépondérance – normative qu'elles tendent à lui attribuer. »*

[560] *Ibíd.*, pp. 20-21.

como "convencional" simplemente a efectos de identificación, por ser el empleado tradicionalmente, quedó obsoleto pues dejaba muchas dudas en torno al camino a seguir procesalmente (al encontrar una norma o estándar laboral que producía efectos adversos) e, incluso, acerca de la necesaria pervivencia o no de la normativa impugnada.

Estas dudas fueron abordadas por la magistrada McLachlin en el caso *Meiorin*[561]. Aceptó e hizo suya la crítica a la tradicional metodología de análisis que diferenciaba entre discriminación directa e indirecta a la hora de estimar si una norma o estándar laboral tenía una justificación objetiva para haber sido impuesta en relación con el desempeño de un puesto laboral y ser considerada un RPBF. Estimó que la distinción que se había creado ente los dos tipos de discriminación, a los efectos del análisis que nos ocupa, había devenido artificial ya que resultaba difícil de discernir cuándo estábamos ante un supuesto o ante otro. La mayoría de empleadores no iban a recurrir a una práctica discriminatoria directa en las formas, aunque en muchas ocasiones la norma o estándar laboral resultaba tan excluyente que era complicada la categorización de la práctica. Una crítica que, recordemos, tenía su origen en la indefinición que produjo el rechazo del TSEUA, cuando formuló la discriminación por efecto adverso en el caso *Griggs*, a entrar en la motivación e intencionalidad de Duke Power al imponer los requisitos de promoción en la empresa. Tal vez podría argumentarse que la discriminación intencionada debería acarrear un reproche jurídico mayor (nulidad) mientras que la discriminación no intencionada se reputaría como accidental o colateral, de manera que no merecería un reproche tan severo. De cualquier forma, lo cierto es que todo acto discriminador, sea cual sea su origen o intencionalidad, vulnera los derechos fundamentales de la persona con la misma intensidad, sin que la diferencia en el reproche ofrecido se justifique desde esta perspectiva.

De igual forma, si una norma discriminatoria no podía ser justificada a la luz de una relación objetiva entre el requisito impuesto y la práctica laboral era considerada nula por no ser un RPBF. Sin embargo, si la norma entendida como neutral (sin vocación discriminatoria) afectaba adversamente a un individuo, pero estaba racionalmente

[561] *British Columbia (Public service employee relations commission) v. B.C.G.S.E.U.* op. cit. La señora Tawney Meiorin trabajaba en el cuerpo de bomberos en la Columbia Británica. La aptitud física de los agentes fue testada con una serie de pruebas. La demandante no fue capaz de alcanzar las marcas exigidas en la prueba aeróbica (correr 2,5 kilómetros en 11 minutos. Tardó 49 segundos de más) razón por la cual perdió su puesto de trabajo. Meiorin desafió los estándares físicos exigidos por entender que respondían a baremos propios de varones y que por esa razón las mujeres estaban en peores condiciones para alcanzarlos.

conectada al desempeño profesional, la norma permanecía en vigor y se solicitaba al empleador que demostrase su incapacidad de ofrecer un acomodo por incurrir en carga excesiva. La contradicción se planteaba en que el efecto discriminatorio de una práctica laboral no debería depender de su formulación concreta o en la cuantificación de los efectos producidos. En este sentido la disparidad de consecuencias (nulidad versus permanencia sometida al acomodo) resultaba desconcertante.

También ofrecía dudas el hecho de que la norma o estándar permaneciese vigente debido a que respondía un fin legítimo y sus efectos adversos sólo se proyectaban sobre un grupo minoritario. Ahora bien, aceptar que una práctica laboral afecta negativamente a un grupo y mantener la normativa intacta resulta en sí mismo discriminatorio ya que ofrece carta de naturaleza a tratar de manera diferente a varios individuos con base en una característica prohibida. Por otro lado, en ocasiones es difícil determinar si el colectivo afectado es un grupo minoritario o es directamente la mayoría. En este segundo caso, cuando por ejemplo el colectivo adversamente afectado es el de mujeres, el método de análisis tradicional puede conducir a legitimar el estándar impuesto por los varones como el "natural" y entender que son las mujeres las que deben integrarse en el mismo.

Day y Brodsky resumieron las dudas que la distinción entre tipos de discriminación ofrecía a los efectos del análisis tradicional.

> *In short, the distinction between direct and adverse effect discrimination has significant drawbacks as an analytical tool because: 1) the distinction cannot always be clearly made; 2) when different outcomes are attached to the different forms of discrimination, the analysis can be manipulated to ensure the desired result; and 3) the most appropriate remedies may be precluded*[562].

Finalmente, la juez McLachlin se hizo eco de otra importante crítica realizada al *acomodo razonable* y a su modelo de análisis. El hecho de que la norma calificada como "neutral" permaneciese vigente provocaba un efecto de legitimación de la discriminación sistémica. Las relaciones interpersonales (entre ellas las laborales) están construidas por personas "normales" frente a los cuales las personas "diferentes" deben ser acomodadas. De esta forma el paradigma que está detrás del acomodo tiene más que ver con la idea de igualdad formal (tratar diferente al diferente) que con la transformación de las instituciones para hacerlas más accesibles a los distintos grupos que convergen en la sociedad. Simplemente

[562] Day, Shelag y Brodsky, Gwen; *op. cit.* p. 457.

se preocupa por integrar a las minorías en el sistema existente con una vocación más cercana al asimilacionismo[563].

Estas consideraciones condujeron al tribunal que conoció el caso *Meiorin* a proponer un test "unificado" que superase las limitaciones del enfoque convencional. Una vez determinado el efecto discriminatorio que produce una norma o estándar laboral, la carga de la prueba se traslada a la parte empleadora que tendrá la necesidad de demostrar que la práctica impugnada es un RPBF, es decir que hay una relación objetiva que justifica su existencia, con base en la respuesta ofrecida a tres preguntas:

1) La norma o estándar impugnado fue adoptado para cumplir con un objetivo racionalmente conectado al desempeño laboral. En primer lugar, es preciso identificar el objetivo pretendido con la práctica impugnada y en segundo lugar se debe establecer la existencia de una conexión racional entre ambos extremos. En este primer paso se discute la validez del objetivo de la norma, pero no todavía la validez de esta última.
2) La norma o estándar impugnado se adoptó honestamente y con buena fe, en la creencia de que es necesario para el desempeño de la práctica profesional. Se discute aquí el elemento subjetivo de la decisión adoptada valorando la intencionalidad de cumplir con los objetivos del puesto de trabajo y sin voluntad discriminatoria.
3) La norma o estándar impugnado es razonablemente necesaria para cumplir el objetivo buscado por el puesto de trabajo. El criterio de la "razonable necesidad" implica que sea imposible acomodar la práctica sin incurrir en carga excesiva[564].

[563] Estas ideas, manejadas por la juez McLachlin, están presentes en el precitado trabajo de Day y Brodsky. En la sentencia se encuentran varias citas textuales del mismo.

[564] La sentencia se atreve, incluso, a ofrecer pautas a la hora de determinar cuándo una norma es razonablemente necesaria a efectos de lograr el objetivo propuesto en la misma con base en la respuesta obtenida en seis cuestiones:

a) ¿Ha indagado la parte empleadora para buscar enfoques alternativos que no tengan un efecto discriminatorio?
b) Si esas alternativas se encontraron y eran válidas para cumplir los objetivos de la parte empleadora ¿por qué no se implementaron?
c) ¿Es preciso que todos los empleados cumplan el estándar del empleador para alcanzar sus legítimos objetivos o es posible establecer otros estándares que reflejen las capacidades y diferencias individuales?
d) ¿Hay alguna forma de poner en práctica el desempeño laboral que, no siendo discriminatoria, cumpla los objetivos designados por la parte empleadora?

En caso de que haya sido posible demostrar que la norma o estándar impugnado es razonablemente necesario para alcanzar un objetivo legítimo propuesto por la parte empleadora, de forma que no se puedan tener en cuenta las circunstancias individuales que precisan ser acomodadas sin incurrir en carga excesiva, entonces se concluirá que estamos ante un RPBF y que se ha establecido una excepción adecuada a la prohibición general de discriminación. En caso contrario, no se habrá podido establecer una defensa contra el cargo de discriminación.

A pesar de dedicar un espacio considerable a definir el test mediante el cual se determina el carácter de la norma o estándar laboral como RPBF, la sentencia no se detiene en el primero de los requisitos del análisis de un caso de esta naturaleza, que no es otro que la existencia *prima facie* de una discriminación. En este primer paso la carga de la prueba le corresponde a la parte demandante. Esta indefinición ha sido objeto de críticas[565] por colocar a las personas potencialmente discriminadas ante una disyuntiva poco clara a la hora de argumentar sus demandas. Se podría inferir de las sentencias *Meiorin* y la posterior de *Grismer*[566] que se deberían dar tres características en este paso. En primer lugar, la constatación de que la persona interesada tiene una característica encuadrable en un campo protegido contra la discriminación. En segundo lugar, que ha recibido un tratamiento adverso al serle aplicada la norma o estándar vigente y en tercer lugar que se pueda deducir razonablemente a partir de las pruebas aportadas que ha sido su característica protegida la que ha provocado ese efecto adverso. Aunque no haya sido explícitamente indicado en las sentencias, éste bien podría ser el camino a seguir. En el

e) ¿Está el estándar adecuadamente diseñado a fin de que la cualificación necesaria sea cumplida sin que ello cause una carga excesiva en aquellas personas a las cuales el estándar les es aplicado?

f) ¿Han cumplido sus deberes aquellas terceras partes que pudieran estar obligadas a colaborar en la búsqueda de un posible acomodo?

[565] Un estudio sobre esta materia ha sido preparado por el Council of Canadians with disabilities "An overview of the human rights jurisprudence underpinning the test for prima facie discrimination" en *Disabling poverty/Enabling citizenship*, 2009, disponible en http://www.ccdonline.ca/en/socialpolicy/poverty-citizenship/legal-protections/duty-accommodate-undue-hardship%20

[566] *British Columbia (Superintendent of motor vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, op. cit. conocido como caso Grismer. En la sentencia se estima que el demandante fue capaz de argumentar que presentaba un caso discriminatorio de la siguiente forma: "*Mr. Grismer established a prima facie case of discrimination under the Act by showing that he was denied a license that was available to others, and that the denial was made on the basis of a physical disability, namely HH. At this point the onus shifted to the Superintendent of Motor Vehicles to prove, on a balance of probabilities, that the discriminatory standard had a bona fide and reasonable justification*".

próximo capítulo, al analizar la jurisprudencia relativa a esta materia se tendrá ocasión de estudiar la forma en la que ha sido empleada.

La definición de religión a efectos de acomodar. Precisamente para determinar si se está produciendo un caso de discriminación a los efectos de activar el test que conduzca a un eventual acomodo resulta instrumental la definición de religión por la cual se opte. Ya se ha indicado que en el caso *R. v. Big Drug Mart Ltd*. el TSC ofreció su definición de religión, pero fue en el posterior caso *Anselem*[567] en el que se vio obligado a conceptualizar la manera en la que la religión se iba a reconocer a efectos de ejercer la libertad de creencias. La sentencia conocía de la demanda presentada por los propietarios de un piso situado en un edificio de apartamentos de lujo que deseaban instalar una *sukkah*[568] en su terraza durante varios días. Con ello se pretendía celebrar la fiesta religiosa judía del *Sukkot*[569]. En los estatutos de copropiedad se especificaba que estaban prohibidas las decoraciones, instalaciones o construcciones en los balcones. Este es un caso que puede resultar atípico desde nuestra percepción occidental, vista la pretensión de los demandantes, pero que apela radicalmente a nuestra capacidad de gestionar la diversidad.[570].

La relevancia de este fallo reside en que el TSC hubo de decidir si la práctica que los demandantes querían llevar a cabo estaba amparada por la libertad de religión. La comunidad de propietarios aportó el testimonio de un rabino que argumentó que no había ningún precepto religioso ni mandamiento alguno que obligase a los fieles de la religión judía a erigir tales *sukkahs*[571].

La decisión final del tribunal no estuvo respaldada por todos los magistrados, sino que cuatro de ellos votaron en contra. En el voto discrepante de los magistrados Bastarache, LeBel y Deschamps se expresa la convicción de que, antes de testar la sinceridad de las

[567] *Syndicat Northcrest v. Anselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

[568] Pequeña construcción en forma de cabaña provisoria empleada, según la tradición, por el pueblo judío en la antigüedad mientras deambulaba por el desierto tras la salida de Egipto huyendo de la esclavitud.

[569] Conocida también como fiesta de las cabañas o de los tabernáculos.

[570] Principalmente porque, a diferencia de lo que ocurre con el credo cristiano católico, el judaísmo carece de una autoridad central y jerarquizada de la que emana el dogma válido para todas las personas que profesan esa fe. La tradición judía es, por comparación al catolicismo, descentralizada y basada en tradiciones, tendencias o grupos que no "gravitan" en torno a una institución terrenal.

[571] Testimonio contraargumentado por otro rabino, esta vez propuesto por la parte demandante.

creencias de la parte demandante, se debe establecer una relación de objetividad entre la práctica cuya realización se ha visto interferida y el precepto religioso que lo exige.

> *It is one thing to assert that a practice is protected even though certain followers of the religion do not think that the practice is included among the religion's precepts and quite another to assert that a practice must be protected when none of the followers think it is included among those precepts. If, pursuant to s. 3, a practice must be connected with the religion, the connection must be objectively identifiable*[572] *(…) a claimant relying on conscientious objection must demonstrate (1) the existence of a religious precept, (2) a sincere belief that the practice dependent on the precept is mandatory, and (3) the existence of a conflict between the practice and the rule*[573].

La mayoría del tribunal, en un fallo redactado por Iacobucci, avaló una conceptualización subjetiva de la religión. Pero para evitar malentendidos habría que matizar que esta orientación no se introdujo como consecuencia de una ruptura con la jurisprudencia anterior, sino como una ampliación del espectro sostenido hasta el momento. De hecho, es natural que quien comparezca ante los tribunales demandando protección por la vulneración de una práctica que es reflejo de sus creencias, lo haga basando su punto de vista en la existencia de una relación entre esos comportamientos y los dictados de la doctrina que sostiene. Esa es la línea mantenida hasta *Anselem*. La subjetividad añadida en ésta última sentencia supone que esa creencia o práctica no debe ser probada con base en estar objetivamente requerida por un dogma o precepto religioso. Consecuentemente se produce una ampliación del espectro protector de la libertad religiosa en lo referente a la definición de práctica, no una sustitución de una pauta de objetividad por una mera concepción subjetiva.

> *(…) this freedom encompasses objective as well as personal notions of religious belief, "obligation", precept, "commandment", custom or ritual. Consequently, both obligatory as well as voluntary expressions of faith should be protected under the Quebec (and the Canadian) Charter. It is the religious or spiritual essence of an action, not any mandatory or perceived-as-mandatory nature of its observance, that attracts protection. An inquiry into the mandatory nature of an alleged religious practice is not only inappropriate, it is plagued with difficulties.*[574]

---

[572] *Syndicat Northcrest v. Anselem*, op. cit. §135.

[573] Ídid, § 144.

[574] Ídem, § 47. Como apoyo a esta visión, se emplea el precedente del TSEUA que, por ejemplo, en la sentencia del caso *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), § 715-716, utilizó el criterio de la subjetividad de las creencias de la parte demandante y no la postura oficial de los credos religiosos: *". . . the guarantee of free exercise is not limited to beliefs which are shared by all of the members of a religious sect. Particularly in this sensitive area, it is not within the*

Esta sentencia hace descansar la delimitación del hecho religioso en los conceptos de elección personal y autonomía de la voluntad, que puede funcionar con independencia de los hechos objetivos reconducibles al dogma de la fe. Esta orientación nos asoma al vértigo de enfrentarnos a infinidad de solicitudes de acomodo que encontrarían justificación en preferencias o caprichos personales cuya validez no podría ser testada a la luz de la prueba de la sinceridad de las creencias.

Las dudas que genera este enfoque se ven acrecentadas por la forma de relacionarse que tienen los individuos en las sociedades contemporáneas. Las adhesiones personales al hecho religioso pueden oscilar, a grandes rasgos, entre dos tendencias opuestas pero identificadas. Por un lado, aquélla que rechaza las pautas de la modernidad (especialmente la laxitud moral que trae consigo, así como la falsa sensación de invulnerabilidad producto del desarrollo tecnológico y las dinámicas individualistas) y que pueden derivar en posturas fundamentalistas; entendiendo como hacen autores como Habermas que el fundamentalismo es un fenómeno específicamente moderno[575]. Por otro lado, Françoise Champion identifica una tendencia, también propia de los desarrollos de la modernidad que, si bien acepta la tolerancia y las diferentes cosmovisiones del mundo, desde una óptica individualista promueve composiciones "a la carta"[576]. Un fenómeno que también ha sido identificado con el término "religious market". El autor canadiense Reginald Bibby[577] acuñó el concepto de "Fragmented Gods" para describir las actitudes hacia la religión que había detectado en muchos individuos que, más que optar por una

judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or his fellow worker more correctly perceived the commands of their common faith. Courts are not arbiters of scriptural interpretation. The narrow function of a reviewing court in this context is to determine whether there was an appropriate finding that petitioner terminated his work because of an honest conviction that such work was forbidden by his religion." Citado en § 45.

[575] El autor alemán lo ha sostenido en varios foros. Ver Borradori, Giovanna; "Fundamentalismo y terror: Diálogo con Jürgen Habermas" en *La Filosofía en una época de terror*. Madrid: Taurus, 2003, pp. 53-77. "*En Europa la secesión confesional y la secularización de la sociedad forzaron a la creencia religiosa a hacer una reflexión sobre su posición no exclusiva dentro de un saber científico profano y de un universo discursivo compartido con otras religiones. La conciencia reflexiva de trasfondo de una doble relativización del propio sitio de ubicación no podía llevar, naturalmente, a una relativización de las propias verdades de fe. (…) Yo explicaría esa mentalidad endurecida fanáticamente en el sentido de represión de disonancias cognitivas. Tal represión se hace necesaria cuando se propaga el retorno a la exclusividad del punto de vista premoderno de la fe bajo las condiciones cognitivas del saber mundano cientifista y del pluralismo relativo a la visión del mundo, es decir, después de que la inocencia de la situación epistémica de una perspectiva del mundo omniabarcante esté desde hace rato perdida*".

[576] Champion, Françoise; "Persona religiosa fluctuante, eclecticismo y sincretismos" en Delumeau, J. (dir.) *El hecho religioso. Enciclopedia de las grandes religiones.* Madrid: Alianza Editorial, 1995, pp. 709-739.

[577] Bibby, Reginald; *Fragmented Gods: the poverty and potential of religion in Canada*. Toronto: Stodart, citado por Lefebvre, Solange; "Religion in court, between an objective and a subjective definition, *op. cit.* p. 34.

afiliación religiosa integral, adoptaron aspectos concretos del credo que profesaban sin preocuparse por la coherencia de sus elecciones. De ahí se desprendía una experiencia religiosa que tenía que ver más con la negociación personal que con la herencia religiosa. La mencionada Champion también se hizo eco de este fenómeno:

> *En las sociedades occidentales, la descomposición de lo religioso es la forma actual más importante del proceso continuo de secularización, que inicialmente se realizó mediante el cuestionamiento de la religión y su "acomodo" a las diferentes formas de pensamiento que desencantan el mundo y a los ideales de autonomía social y personal (…) Al mismo tiempo, se observa la certidumbre, casi consensual, de que el sentido de la vida es el bienestar privado y de que cada uno tiene que utilizar todos los medios de que dispone para alcanzar ese bienestar. Para obtener ese fin la religión puede, de distintas maneras, resultar un recurso útil.*[578]

Tal forma contemporánea de "consumo" religioso individual (relacionada con la moderna tendencia al "bricolaje" identitario) está acompañada de dos maneras diferentes, pero en cierta medida complementarias, de militancia religiosa o relación colectiva con las confesiones tradicionales, la *creencia sin pertenencia*[579] (respaldo de determinados valores sin adquirir obligaciones institucionales o participativas en la comunidad de fieles) y la *pertenencia sin creencia*[580] (que se traduce en la pervivencia de identidades colectivas con sentido histórico o tradicional en muchas sociedades contemporáneas, sin que ello vaya acompañado por la observancia activa de preceptos religiosos o ritos colectivos, pudiendo incluso, darse un explícito rechazo a la exteriorización de los mismos).

Todo este panorama de percepción individual y colectiva del fenómeno religioso se entiende como un aspecto que puede llegar a bloquear la herramienta del acomodo razonable a partir del enfoque adoptado en *Anselem*. Gaudreault-Desbiens[581] recuerda que la libertad religiosa, en tanto que derecho fundamental de las democracias liberales, parte del paradigma (elaborado en Europa durante las guerras de religión) de proteger a la disidencia religiosa de la acción del Estado o de fieles de otros credos, así como a las

[578] Champion, F. "Persona religiosa fluctuante, eclecticismo y sincretismos" op. cit. pp. 736-737.

[579] Davie, Grace; *Religion in modern Europe: a memory mutates*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

[580] Hervieu-Léger, Danièle; *La religión, hilo de memoria*. Barcelona: Herder, 2005.

[581] Galdreault-Desbiens, Jean-François; "Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumiere de la question du port de signes religieux à l'ecole publique : réflexions en forme de points d'interrogation" en Jézéquel, M. (dir.) *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?* Cowansville : Yvon Blais, 2007, pp. 241-286.

minorías del abuso de las mayorías. Ahora bien, a partir de *Anselem* este autor entiende que la preferencia otorgada a la apreciación subjetiva de las personas conduciría a un fundamentalismo de los derechos.

> *(…) il reste que la fondamentalisation de toute croyance ou pratique qu'un individu associe subjectivement et sincèrement a la religion, par le truchement de leur consécration à titre de libertés fondamentales, a un impact qui va bien au-delà de la technique juridique, encore que, de ce point de vue, cette fondamentalisation risque d'opérer une confusion entre ce qui ressortit à une liberté et ce qui ressortit à un droit.*[582]

Y ciertamente no faltan ejemplos de casos en los que la definición de práctica religiosa o comportamiento amparable por la libertad religiosa puede ofrecer dudas[583]. En el caso *Wilson v. US West Communications*, una empleada de la empresa demandada comunicó que había realizado un juramento religioso consistente en que en tanto el aborto no se ilegalizase en los Estados Unidos ella vestiría una chapa o insignia en la que se podía ver la imagen de un feto de entre 18 o 20 semanas con el lema "Paremos el aborto" o "Alguien está siendo olvidado". Con esta práctica la demandante pretendía, según sus propias palabras, constituirse en "testigo vivo" e instrumento de Dios, al igual que la virgen María, la cual a juicio de la demandante habría escogido esta insignia de haber vivido en el presente. Esta manifestación acompañaba a la señora Wilson en toda actividad cotidiana salvo en la ducha y al dormir. Tal práctica provocó una gran agitación emocional entre el personal de la empresa por parte de personas que bien veían herida su sensibilidad por la fotografía y se sentían afectadas por haber tenido problemas de concepción, abortos naturales u otras circunstancias o bien discutían por motivos ideológicos. Según la dirección de la empresa, el normal desarrollo de las actividades laborales se veía interferido por las constantes discusiones que se producían.

En el caso *Buker v. Marcovitz*, se trataba de una pareja divorciada en 1980 pero que con anterioridad había pactado que tras el divorcio civil comenzarían los trámites para obtener el *Get* o divorcio judío, para lo cual es imprescindible el consentimiento del marido. Sin embargo, éste se negó a actuar durante 15 años. Cuando, al cabo de ese tiempo, la esposa quiso contraer nuevo matrimonio demandó a su marido y pidió ser indemnizada por no

[582] Ibíd. p. 269

[583] Casos como los de *Wilson v. US West Communications, 58 F.3d 1337 (8th. Cir. 1995)* en Estados Unidos o *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607 en Canadá presentan una notable elevación de la carga subjetiva en la parte demandante.

cumplir lo pactado. El esposo negó validez al acuerdo y se escudó en su libertad religiosa, visto que era a causa de sus convicciones acerca de la indisolubilidad del matrimonio por lo que no podía otorgar el *Get*.

Ya se han expuesto, en los capítulos anteriores, las ventajas de ampliar una visión estrictamente objetiva de las creencias amparadas por la libertad religiosa cuando se analizó el llamado *test de Arrowsmith* en el TEDH. La cuestión es que en sociedades tan dinámicas en lo religioso como la estadounidense y la canadiense, en las que la pluralidad de credos (especialmente dentro del cristianismo) es notable y arrastra una larga tradición en la que protestantismo y liberalismo fueron de la mano[584], surge con mayor fuerza que en Europa la sensación de que las demandas de acomodo pueden ser impredecibles y que deben establecerse ciertos límites a esa visión subjetiva de las creencias. Incluso quienes tienen mayor experiencia en la obligación de acomodar aceptan que la perspectiva de dar respuesta a casos derivados de una multitud de creencias individuales resulta intimidatoria[585]. Siendo todo ello una cuestión relevante tampoco debería llevarnos a la conclusión de abandonar el *acomodo razonable* por inviable o por correr el peligro de provocar un efecto de pendiente resbaladiza o *slippery slope*[586].

Nos parece destacable el intento de Solange Lefevbre[587] por poner una perspectiva ponderada al debate. Es cierto que en el caso *Anselem* se dejan la doctrina o el dogma en una posición secundaria, pero eso no quiere decir que el tribunal no las haya tenido en cuenta al estimar la coherencia o seriedad de las creencias que se le plantean. De hecho, lo habitual será que quienes comparecen ante los tribunales aduzcan aspectos relativos a la tradición religiosa, a grupos más o menos organizados, cuando no a preceptos u obligaciones propias de la fe. En esta realidad, constatable en la propia jurisprudencia existente, más allá de los miedos o precauciones que legítimamente nos asaltan, se puede

[584] Resulta muy estimulante el análisis realizado por Fernando Rey en el que se interroga por la impronta calvinista en la originalidad del constitucionalismo estadounidense en Rey Martínez, Fernando; "La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo" en *Boletim da facultade de direito*, vol. 79, 2003, Coimbra, pp. 225-291.

[585] Vuicic, George; "Religious accommodation in the workplace. A management perspective", *2012-2013 Labour Arbitration Yearbook. Second Series*, Lancaster House, 1ª ed., Toronto, 2013, pp. 141-161.

[586] Sonne, James A.; *op. cit*., pp. 1051-1059; Post, Russell S.; *op. cit.*, pp. 194-197, quien analiza el choque de principios que se da entre la visión liberal que encierra la primera enmienda de la constitución y la visión progresista de la LDC.

[587] Lefebvre, Solange; "Religion in court, between an objective and a subjective definition" en Beaman, L.G. (ed.) *Reasonable accommodation. Managing religious diversity.* Vancouver: UBC Press, 2012, pp. 32-50.

encontrar un cierto marco de definición a la hora de adverar la sinceridad y coherencia de la práctica objeto de discusión. Posiblemente convenga detenerse a reflexionar acerca de un marco o test que sea capaz de analizar la sinceridad de las creencias. Por lo demás, en el análisis propio de la razonabilidad del acomodo solicitado se encuentran otras garantías que permiten discriminar entre aquellas peticiones que, aunque sean sinceras, no son acomodables y aquellas otras que resultan inocuas.

Por ejemplo, en los casos referidos anteriormente, la sentencia de *Bruker v. Markovitz* respetó el criterio marcado en *Anselem* acerca de la necesaria inhibición de los tribunales en cuestiones que tienen que ver con el dogma religioso.

> *the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, "obligation", precept, "commandment", custom or ritual… [para. 50]*[588]

Pero también en la sentencia de *Anselem* se explicita que aquellas conductas que causen daño o interfieran con los derechos y libertades de terceros no son merecedoras de protección. Una limitación positivada en la propia Carta de Derechos y Libertades de Quebec, en su artículo 9.1. De manera que debe establecerse una ponderación entre el ejercicio de la libertad religiosa y los derechos o perjuicios que ese ejercicio cause en terceras personas[589].

La renuncia del señor Markovitz a dar su consentimiento para obtener el divorcio según la tradición judía, alegando ejercer así su libertad religiosa (contradiciendo de esta forma lo establecido en el acuerdo al que llegó con su esposa) ha privado a la señora Bruker de acceder a un remedio que, con independencia de que le sea concedido por la legislación civil canadiense, le impide volver a contraer matrimonio y vivir su vida con arreglo a las directrices de la fe judía a la que ella pertenece[590]. El beneficio obtenido por el marido en el ejercicio de su libertad religiosa durante los años en los que se negó a conceder el *Get*

[588] *Syndicat Northcrest v. Anselem*, op. cit. § 50, citado en *Bruker v. Markovitz*, op. cit. § 37.

[589] *Bruker v. Markovitz*, op. cit. § 75-77.

[590] Es cierto que en este caso chocan las lógicas de dos órdenes normativos, el del Estado y el de la religión judía. Este debate (el de los particularismos jurídicos en un Estado multicultural) es tratado con poca profundidad en el fallo de la mayoría del tribunal, mientras que el juez Deschamps, en su voto particular, lo estima relevante.

supera de manera desproporcionada el perjuicio que durante todo ese tiempo ha soportado la esposa al no poder vivir conforme a sus creencias.

> *The public interest in protecting equality rights, the dignity of Jewish women in their independent ability to divorce and remarry, as well as the public benefit in enforcing valid and binding contractual obligations, are among the interests and values that outweigh Mr. Marcovitz's claim that enforcing Paragraph 12 of the Consent would interfere with his religious freedom. Despite the moribund state of her marriage, Ms. Bruker remained, between the ages of 31 and 46, Mr. Marcovitz's wife under Jewish law, and dramatically restricted in the options available to her in her personal life. This represented an unjustified and severe impairment of her ability to live her life in accordance with this country's values and her Jewish beliefs. Any infringement of Mr. Marcovitz's freedom of religion is inconsequential compared to the disproportionate disadvantaging effect on Ms. Bruker's ability to live her life fully as a Jewish woman in Canada.*[591]

En el caso de *Wilson*, la empleada solicitaba que su práctica religiosa fuese acomodada en su puesto de trabajo. En la ratio *decidendi* de la sentencia se pueden seguir los pasos que llevan a analizar tanto la sinceridad de las creencias[592], su capacidad de ser acomodadas o la legitimidad de los esfuerzos llevados a cabo por la empresa empleadora[593]. Según el tenor del fallo se deduce que la empresa trató de acomodar las prácticas de su empleada[594] pero fue el impacto emocional que causó en sus compañeros la forma utilizada por la señora Wilson para manifestarlas una de las razones que impidió la convivencia. Ciertamente resulta muy subjetiva la manera en que la demandante decide exteriorizar su oposición al aborto. Y es esa misma subjetividad la que enciende los ánimos de quienes la observan provocando discusiones con las cuales se resintió la productividad del departamento en el que la señora Wilson prestaba sus servicios.

---

[591] *Bruker v. Markovitz*, op. cit. § 92-93.

[592] Lo atípico de la petición de la señora Wilson (dentro del credo católico, al que ella pertenece) llevó a la empresa empleadora a poner en duda la coherencia y sinceridad de su planteamiento. Por ello se dedicó espacio a debatir sobre su condición de "testigo vivo" y a si este concepto formaba parte del juramento original o fue introducido en una fase posterior de la discusión. La demandante no pudo presentar pruebas para desmontar la reclamación de la empresa que argumentaba en favor de la segunda de las opciones.

[593] No olvidamos que *Wilson* es un caso que tiene lugar en Estados Unidos y que allí los conceptos de carga excesiva y obligación de acomodar han sido dotados de un contenido más "estrecho" que en Canadá. En cualquier caso, a los efectos del análisis que se va a hacer no resulta relevante.

[594] La empresa propuso tres formas de acomodo: llevar la insignia sólo en su despacho y quitársela cuando tuviese que desplazarse por la oficina, llevar la insignia cubierta durante las horas laborables o bien llevar una insignia diferente, con el mismo mensaje, pero sin la fotografía. Ninguna de las opciones fue aceptada por la demandante.

> *The button caused disruptions at work. Employees gathered to talk about the button. U.S. West identified Wilson's wearing of the button as a "time robbing" problem. Wilson acknowledged that the button caused a great deal of disruption (...) Wilson's co-workers testified that they found the button offensive and disturbing for "very personal reasons," such as infertility problems, miscarriage, and death of a premature infant, unrelated to any stance on abortion or religion. (...) Klein noted a 40 percent decline in the productivity of the information specialists since Wilson began wearing the button.*

La demandante estimaba que su caso de acomodo era sencillo puesto que no exigía un cambio de turnos de trabajo o de horarios. Su principal escollo era el desasosiego generado en la planta. El tribunal estadounidense entiende que exigir de la empresa que sus supervisores instruyesen a los compañeros de trabajo de Wilson para que aceptasen su postura supondría una *carga excesiva*. En este caso estamos de acuerdo. Incluso aplicando el criterio del Tribunal Supremo canadiense, que sostiene que la mera incomodidad que el acomodo provoque en el resto de la fuerza de trabajo no es reconducible (en sí misma) como *carga excesiva*, lo cierto es que en este caso la forma de manifestación escogida por la señora Wilson provoca en su alrededor una tensión tan grande y con efectos tan relevantes sobre la productividad que exigir de la empresa una labor disciplinaria de aquietamiento forzoso de los compañeros de trabajo equivaldría a colocarla en una situación de mediadora religiosa que excede lo que razonablemente se le puede pedir.

El criterio empleado por el tribunal estadounidense, sin embargo, descansa en lo establecido por la ya comentada sentencia *Philbrook* acerca de la no necesidad de la empresa de aceptar el acomodo de la parte demandante cuando ya se ha ofrecido previamente uno, con independencia de la naturaleza del mismo. Este fallo resulta coherente con la construcción jurisprudencial del *acomodo razonable* en este país, aunque es de destacar que, empleando criterios más flexibles para la obligación de acomodar, como los utilizados por la jurisprudencia canadiense, el impacto del acomodo sobre la operativa y la eficacia de la empresa también habría podido emerger como una razón de peso para entender que en este caso existía *carga excesiva*. De cualquier manera, los casos de *Bruker* y *Wilson* muestran que el instrumento del *acomodo razonable* (incluso en su articulación canadiense) cuenta con mecanismos de contrapeso (los derechos y libertades de terceros o la incidencia en la operativa de la empresa) para afrontar el reto que plantea

la subjetividad de las creencias como criterio (no único, pero sí destacado) con el que acreditar la existencia de una manifestación religiosa.

V.- PARA CONCLUIR

Los diferentes elementos que entran en juego en cada tradición jurídica ejercen una notable influencia en el desarrollo de una misma figura, como se ha visto con el *acomodo razonable* en los casos estadounidense y canadiense. Ciertamente en ninguno de los dos países esta figura es ajena a la controversia, aunque también es cierto que el empeño en desarrollarla muestra hasta qué punto la libertad religiosa ocupa un lugar relevante en su ordenamiento jurídico.

A pesar de los diferentes elementos que confluyen en cada uno de los casos, y que les hacen evolucionar de manera distinta, se puede afirmar, a tenor de lo visto, que la figura del *acomodo razonable* no ha desarrollado en el caso estadounidense un carácter verdaderamente negociador, que es una de sus características definitorias. En su lugar, se puede decir que se ha dotado a la parte empleadora (a través del requisito "de minimis" con el que se configura la *carga excesiva*, así como con la restringida extensión de la obligación de acomodar que se perfiló en *Philbrook*) de un margen de maniobra tan amplio que ha desvirtuado el aspecto bilateral del acomodo hasta dejarlo en un trámite poco operativo en lo que se refiere a la integración de las sensibilidades religiosas minoritarias en el puesto de trabajo. La ponderación de los intereses en juego entre la libertad de empresa y la libertad religiosa se ha decantado en favor de la primera a través de una visión integracionista y formal en su aplicación de los criterios de igualdad. La discriminación se entiende predicada sólo respecto al estatus, mientras que la práctica es "desgajada" de la libertad religiosa para ser considerada un hábito al que se debe renunciar para poder responder convenientemente a las exigencias laborales.

El caso canadiense, por el contrario, concibe la prohibición de discriminación por razón de religión como un mandato que cubre no sólo el estatus sino también la práctica, en la medida en que ésta es una manifestación en el fuero externo de un derecho fundamental. Consecuentemente realiza un esfuerzo por avanzar hacia una concepción de la igualdad en clave sustantiva y no asimilacionista. El choque entre la libertad de contratación y la práctica religiosa se encauza desarrollando los aspectos bilaterales que tiene el *acomodo razonable*. Incluso los aspectos multilaterales, ya que el sindicato (en la medida en que le

corresponde) tampoco va a escapar de esta obligación de agotar las posibilidades de la negociación, sin menoscabo de la relación laboral. De manera ideal, el test de proporcionalidad que se activa en la obligación de acomodar debe otorgar un peso constante a la libertad religiosa para poder valorar, en el otro lado de la balanza, las circunstancias que concurren en el ejercicio de la libertad de empresa, con la garantía de la *carga excesiva*, un concepto jurídico indeterminado frente al que el TSC tiene el crédito de haber explorado diferentes indicadores para dotarlo de contenido.

A pesar del esfuerzo realizado, se aprecia que uno de los ámbitos en los que la obligación de acomodar encuentra mayores dificultades en el campo laboral es en la conciliación de la lógica tuitiva de los derechos fundamentales con la racionalidad representativa de la negociación colectiva. Aunque el TSC se ha esforzado por ofrecer pautas de resolución en este caso, la aplicación práctica de este principio resulta compleja, especialmente si además (como suele ser habitual) concurren otras características como la antigüedad, que en ocasiones también pueden ocultar discriminaciones sistémicas. De las características de los casos vistos hasta el momento podemos concluir[595] que la obligación de acomodar podría imponerse como excepción a lo previsto en un convenio colectivo (sin que exista un patrón general y siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto) cuando no existan mejores alternativas disponibles o cuando su puesta en práctica no interfiera con el desarrollo del negocio y sin que el acomodo pueda suponer la pérdida de un puesto de trabajo o relegación de una persona que actualmente está ocupando un determinado puesto.

En el próximo capítulo se estudiarán los casos en los que se ha empleado el instrumento del *acomodo razonable* para gestionar demandas relativas al uso de signos dinámicos de adscripción religiosa. Se estudiarán especialmente los casos relativos a la comunidad sij, cuyos miembros están compelidos a llevar signos que los hacen distintivos y cuya racionalidad choca en muchas ocasiones con los requerimientos de las democracias occidentales.

[595] Hatfield, Robert; "Duty to accommodate" en *Just Labour*, vol. 5, winter, 2005, pp. 28-29.

CAPÍTULO 4

EL EMPLEO DE SIGNOS DINÁMICOS DE ADSCRIPCIÓN RELIGIOSA GESTIONADO MEDIANTE EL ACOMODO RAZONABLE. LA COMUNIDAD SIJ COMO ESTUDIO DE CASO

Contenido

Este capítulo comienza ofreciendo una breve introducción a la comunidad sij para recordar las claves que ayudan a entender los SDAR que manejan sus fieles y la importancia adjudicada a los mismos. Siguiendo el mismo esquema que el empleado en el caso español, se analizarán varios pronunciamientos de tribunales estadounidenses y canadienses que tuvieron como protagonistas a fieles sij y en los que se planteaban demandas que tenían que ver con el uso de sus símbolos religiosos dinámicos. Algunos fallos aplican la lógica del *acomodo razonable* y otros son anteriores a esta figura. En todos los casos se trata de analizar cuál es el enfoque a través del que se ha pretendido dar una solución a las demandas presentadas. Debido a la presencia desde antiguo de una comunidad sij en Reino Unido también se aprovecha para traer a colación las soluciones normativas implementadas para acomodar los distintivos sijes en el ordenamiento jurídico británico, así como alguno de los pronunciamientos más relevantes de los tribunales de justicia. El objetivo consiste en estudiar cómo se han afrontado los conflictos presentados por una fe cuya lógica está muy alejada del pensamiento occidental, pero a los que ha habido que dar respuesta. Se otorgará especial relevancia a la forma de abordar la situación desde las soluciones que aporta el *acomodo razonable.*

Sumario

I.- RAZONES PARA ESCOGER A LA COMUNIDAD SIJ. 1.- La religión sij: del origen punyabí al significado de sus símbolos. 2.- Del Punyab al mundo o el tránsito de una identidad religiosa a una identidad nacional. II.- LA PRESENCIA DE LA SIMBOLOGÍA DINÁMICA SIJ EN EL ESPACIO PÚBLICO GESTIONADO A TRAVÉS DEL ACOMODO RAZONABLE. 3.- Pluralismo religioso y seguridad en el aula. 3.1.- *Multani* o el desafío de ser coherente con los postulados del multiculturalismo canadiense. 3.2.- EEUU. Entre el miedo al *kirpan* y el peso jurídico de la libertad religiosa. 3.3.- Reino Unido. Las limitaciones del enfoque racial. 4.- El ámbito laboral: Los símbolos religiosos enfrentados a los requerimientos profesionales. 4.1.- Los requisitos profesionales impuestos de buena fe. 4.1.1.- Puestos de trabajo específicos y expuestos a un riesgo objetivo. 4.2.- Requisitos profesionales derivados de las políticas de empresa. 5.- Casos especiales del espacio público 5.1.- Ámbitos de sujeción especial: cárceles. 5.2.- La seguridad de los espacios públicos. Aeropuertos y otros modos de transporte. 5.2.1.- Algunas consideraciones sobre el *kirpan* como arma en Canadá y Estados Unidos 5.2.2.- Las prácticas de acomodo frente a la necesidad de seguridad en términos absolutos. 5.3.- Por parte de las fuerzas del Estado. El ejército y la policía. 5.4.- Ante los poderes del Estado: los tribunales de justicia y las asambleas legislativas. III.- RECAPITULACIÓN.

I.- RAZONES PARA ESCOGER A LA COMUNIDAD SIJ.

> - Am-rit-sar –corrigió la tía Marthe-. Sí, ya sé que es difícil de pronunciar.
> - ¿Qué es? - preguntó Teo.
> - La ciudad sagrada de los sijs -intervino papá-. Está en Punjab.
> - Pero - ¿quiénes son los sijs?
> - Los fieles de una religión que no conoces -dijo mamá-.
> - ¿Ah, sí? -dijo Teo-. Me sorprendería. Con el rollo que se montan en el instituto… El viernes, para los musulmanes; el sábado, para los judíos; el domingo, para los demás… ¡Y ahora resulta que no conozco las religiones!
>
> Catherine Clément – *El viaje de Teo*

En el capítulo 2 se ha tenido la oportunidad de analizar varias sentencias que tenían como objeto demandas presentadas por individuos de fe sij que habían considerado interferida su libertad religiosa al no poder hacer uso de sus SDAR cuando una norma de aplicación general se lo prohibía. A la hora de estudiar el empleo de signos de adscripción religiosa en Norteamérica y el *acomodo razonable* como instrumento de gestión de la diversidad, se ha optado por emplear principalmente sentencias que hacen referencia a simbología empleada por la comunidad sij, aunque por su relevancia para el objeto de estudio también se analicen fallos de casos protagonizados por distintivos de otros credos. Por ello el capítulo comienza con una breve contextualización que tiene la voluntad de recordar las circunstancias históricas y religiosas de este credo originario de la región del Punyab.

1.- La religión sij: del origen punyabí al significado de sus símbolos.

Entre los últimos años del siglo XV y las primeras décadas del siglo XVI el Gurú Nanak (1469-1539) predicó en el noroeste del subcontinente indio, en la región conocida como Gran Punyab (que actualmente está repartida entre los modernos Estados de India y Pakistán), una novedosa cosmovisión que pronto generó un sistema religioso a partir de la comunidad de devotos que se estableció en la ciudad de Kartarpur. El Gurú Nanak nació en el seno de una familia hindú[596] y durante la mayor parte de su vida fue súbdito del sultanato musulmán de Delhi, hasta que en 1526 éste dominio fue incorporado por el emperador Babur (1483-1530) al imperio mogol. De ahí puede derivar el carácter heterodoxo de su pensamiento aunque, como subrayan algunos autores, afirmar que el sijismo es simplemente un sincretismo islámico-hindú supone una afirmación

[596] Se sabe que pertenecía a la numerosa casta *Khatrī* que, en aquellos tiempos, en el Punyab, estaba compuesta principalmente por comerciantes y funcionarios.

excesivamente reduccionista[597]. En cualquier caso, su doctrina es monoteísta y sus himnos contienen terminología islámica, posiblemente para conectar con la población punyabí de la época que estaría familiarizada con éste credo o sería directamente musulmana. Contiene igualmente metafísica hindú, aunque rechaza explícitamente la organización jerárquica de las castas y critica tanto las escrituras hindúes como el Corán[598].

Las enseñanzas del Gurú Nanak y sus sucesores (los diez gurús del sijismo) se encuentran recogidas en el libro que constituye la sagrada escritura de esta fe, el *Gurū Granth Sāhib* ó *Adi Granth*[599], que quedó establecido como el Gurú definitivo una vez terminada la época de los gurús personales. Las personas que siguen las enseñanzas de los diez gurús son denominadas sijs, pues éste término deriva del verbo punyabí *sikhna* (aprender) cuyo origen está en la palabra *śiṣya*, que en sánscrito significa alumno o discípulo. La comunidad de seguidores (*Panth*) constituye junto con el libro (*Granth*) la principal autoridad del sijismo. Sus templos, lugares que custodian los libros y acogen a la comunidad, son llamados *Gurduaras* y en ellos se celebra la comida colectiva (*langar*), símbolo de los ideales igualitarios de este credo. En un credo religioso con una diáspora tan destacada y repartida por los cinco continentes, el rol de las *gurduaras* no sólo como espacio de reunión sino como elemento de cohesión comunitaria, resulta especialmente relevante[600]. Sin embargo, el verdadero centro espiritual y destino masivo de peregrinación de la religión sij se encuentra en el Punyab indio, en Amritsar. Los fieles lo conocen como *Darbar Sahib*, la corte divina. Su denominación más popular es la de Templo Dorado ya que a finales del siglo XIX el edificio principal fue cubierto de placas de oro.

[597] Así lo sostienen Pániker, Agustín; *Los sikhs. Historia, identidad y religión*. Barcelona: Kairós, 2007, y McLeod, William H.; *Exploring Sikhism*, Oxford: Oxford University Press, 2000, para quienes el pensamiento del Gurú Nanak se nutre de variadas fuentes religiosas de raigambre india, destacadamente la tradición de los *Sants*, poetas y místicos carismáticos del norte de la India.

[598] Pániker, Agustín; op. cit. p. 42-63.

[599] El noble libro del Gurú.

[600] Ver por ejemplo el caso del Reino Unido en Singh, Gurharpal "Gurdwaras and community-building among British sikhs" en *Contemporary South Asia*, 15 (2), June 2006, pp. 147-164.

A la izquierda, fotografía del templo dorado en la ciudad de Amritsar[601]; a la derecha imagen que recrea el momento en el que el gurú Gobind Singh instituyó la *Khalsa* en la fiesta del Vaisakhi de 1699[602].

Fue en tiempos del décimo gurú (Gobind Singh 1666-1708) cuando éste instituyó el principio doctrinal por el cual los miembros de la comunidad adquirían como obligación la ostentación de varios signos distintivos[603]. En consecuencia, varios devotos aceptaron el reto propuesto y se iniciaron en la fraternidad de la *Khalsa*[604]. En la actualidad, las personas que aceptan el rito de iniciación asumen varias obligaciones diarias. Entre ellas, las más relevantes son las conocidas como las 5 k's, pues en el idioma punyabí las cinco palabras que las definen comienzan con esta letra. A través del cumplimiento de estos preceptos se entienden simbolizadas tanto las verdades teológicas de la fe como las virtudes religiosas del individuo que las porta[605]. Son las siguientes: (1) *Keś*, prohibición de cortar el vello corporal. No sólo el de la cabeza. Por esta razón los fieles sijs dejan crecer también su barba. Además de la obligación de no cortarlo, se añade la de cuidar del cabello y mantenerlo limpio. De ahí que lo mantengan recogido y cubierto por un turbante. (2) *Kangha*, peine que recoge el cabello y ayuda a mantenerlo cuidado. (3) *Kachhehra*, calzón corto que debe ser vestido siempre. Se le atribuye un valor moral como

[601] Fuente: Lonely Planet. Disponible en http://www.lonelyplanet.com/india/punjab-and-haryana/amritsar

[602] Fuente: Sikh Missionary Society, disponible en http://www.sikhmissionarysociety.org/sms/smspublications/vaisakhi/vaisakhi/

[603] Según la tradición, el noveno gurú del sijismo (Tegh Bahadur 1621-1675) fue decapitado por las autoridades del imperio mogol al rechazar convertirse al islam por la fuerza. Cuando sus seguidores llevaron la cabeza ante su hijo, Gobind Singh, éste les preguntó por el número de fieles que habían salido en defensa de su padre. La respuesta le dejó pensativo, pues sólo fueron tres los valientes. El resto pasó desapercibido. De ahí que el nuevo líder decidiera que en lo sucesivo los sijs tuvieran que significarse a través de la vestimenta de símbolos ostensibles. Si el Gurú Nanak es considerado el fundador del credo sij, Gobind Singh es venerado como el fundador de la nación sij.

[604] De acuerdo a la cronología Sij, fue en la festividad del Vaisakhi de 1699 cuando Gobind Singh pidió varios voluntarios que diesen su vida por el Gurú. Cinco individuos dieron un paso adelante y ellos fueron los primeros iniciados. No todo el mundo aceptó el reto, de forma que la iniciación quedó como una elección personal.

[605] Robinson, Catherine A.; "Raj Karega Khalsa (The Khalsa shall reign): The legacy of Tat Khalsa in portrayals of the Khalsa, the impact of sikh studies and implications for Sikhism in education" en *Religions of South Asia*, 1.1, 2007, pp. 65-80.

recordatorio de la necesidad de mantener un autocontrol sobre las pasiones humanas. (4) *Kara*. Brazalete de acero que simboliza, a través de su circularidad, la sumisión del fiel al Gurú y la necesidad de comportarse de acuerdo a valores de rectitud moral. (5) *Kirpan*. Daga ceremonial. McLeod apunta que en el siglo XVIII la obligación consistía en llevar una espada, pero en la actualidad la comunidad sij ha interiorizado que el precepto queda cumplido portando una pequeña daga con la que se completaría el mandato de dignidad, sacrificio y autodefensa en favor de los valores morales de este credo que era la intención original del gurú Gobind[606].

Aunque originalmente la *Khalsa* era de composición mayoritariamente masculina, no es una institución privativa de los varones, de forma que las mujeres también pueden ser iniciadas. Ellos adquieren el apellido *Singh* (león) y ellas el de *Kaur* (princesa). Pániker apunta que no todas las personas que lleven estos nombres son necesariamente sijs ya que el apelativo *Singh* es común entre sectas guerreras del Rajastán. Todos ellos, en cambio, aceptan cuatro tabúes: no cortarse el cabello, no probar comida halal, no cometer adulterio y no fumar.

Quienes están iniciados reciben el nombre de *Amritdhari* ya que han recibido la iniciación (*amrit*). Es complicado hacer un recuento de las personas que efectivamente han sido iniciadas en la *Khalsa*, ya que también hay otro número (igualmente indefinido, aunque probablemente constituyan actualmente la corriente mayoritaria) que, aunque no han sido propiamente iniciados, asumen voluntariamente las obligaciones de la *khalsa*, principalmente la de no cortarse el cabello. Por este motivo son denominados *Kesdhari* (sijs que cumplen el precepto del *Keś*). Finalmente, un tercer grupo reúne a aquellas personas que ni han sido iniciadas ni han adoptado espontáneamente las obligaciones de la *Khalsa* y son denominados *Sahajdhari*[607]. Al parecer el término tiene, en boca de los

[606] McLeod, William H.; "The five Ks of the Khalsa sikhs" en *Journal of the American Oriental Society*, 128.2, 2008, pp. 325-331. En las principales páginas web en las que se aporta información acerca de los elementos que conforman el credo sij, como www.sikhcoallition.org o www.sikhs.org explican el requisito del *kirpan* en clave simbólica, despojada de interpretaciones violentas y de reducido tamaño.

[607] Por supuesto, estos tres grupos no son los únicos a los que se puede reducir el universo de fieles del sijismo, en el cual no faltan, como es habitual en la mayoría de credos, corrientes minoritarias o sincréticas. Por ejemplo, en Cataluña, comunidad autónoma en la cual viven numerosos sijs, encontramos miembros de la comunidad *Ravidassia*. Esta comunidad, que mantiene templos en Badalona, Girona y Valencia, guarda distancias con la ortodoxia sij. En su origen estaba compuesta por personas de la casta india *Chamar* (trabajadores del cuero) que se sintieron atraídas por el sijismo pero que no dejaron de venerar a su propio patrón, el gurú Ravidas. Lum, Kathryn; "The Ravidassia community and identity (ies) in Catalonia, Spain" en *Sikh Formations*, vol. 6, nº 1, June 2010, pp. 31-49. En Reino Unido, donde la comunidad sij es más numerosa, antigua y diversa se identifican varias corrientes con rasgos distintivos frente a lo que podríamos denominar la corriente mayoritaria del sijismo. Principalmente Ramgarhias (grupo que combina una identidad social anclada en la herencia propia del sistema de castas originario de la India, con la narrativa

amritdharis, una connotación un tanto despectiva, ya que indica que son personas que han optado por un camino más fácil. No obstante, los *sahajdharis* aceptan la autoridad de los diez gurús del sijismo y veneran al *Adi Granth*. En consecuencia, la naturaleza de la comunidad sij (*Panth*) es más compleja de lo que, a primera vista, pudiera parecer[608].

El sijismo no tiene entre sus objetivos vocación universal alguna ni tendencias proselitistas. De ahí que la mayoría de sus fieles provengan del Punyab, aunque cualquiera puede abrazar este credo. A continuación, se reflejarán los avatares históricos que ha vivido esta fe y que han llevado a la existencia de una importante comunidad de sijs fuera de la India.

2.- Del Punyab al mundo o el tránsito de una identidad religiosa a una identidad nacional.

McLeod[609] recuerda que, a comienzos del siglo XIX, sir John Malcolm[610] se refirió al sijismo indistintamente como una secta y como una nación. La evolución de su fe, así como los avatares históricos en los que se ha visto involucrada, ha hecho surgir una cierta conciencia colectiva nacional entre sus fieles. Ya se ha referido cómo el gurú Nanak, el fundador del sijismo, conoció en su vida diferentes autoridades, aunque todas de signo musulmán, pues durante aquellos años el poderoso sultanato de Dehli fue incorporado al dominio del imperio mogol del descendiente de Tamerlán, Babur. En consecuencia, los primeros años de expansión del sijismo y la labor de sus gurús estuvieron fuertemente influidos por la evolución histórica y política del propio imperio mogol. Así, por ejemplo, la importante labor que llevó a cabo el tercer gurú, Amar Das (1479-1574) a quien se atribuye un primer impulso político y organizativo, se vio favorecida por la tolerancia que mostró el emperador Akbar (1542-1605). El quinto gurú, Arjan (1563-1606), viajó por las áreas rurales del Punyab, extendiendo la fe entre sus pobladores e incluso viajó por Persia, Afganistán y Turquía. Conoció personalmente al emperador Akbar y fue durante

propia del sijismo) o los Bhatras (procedentes en su mayoría del Punyab occidental y más conservadores en sus exigencias religiosas y sociales que las de la corriente mayoritaria). Asímismo también se encuentran grupos menos numerosos como los mencionados Ravidassios, Valmikis, Namdharis, Narankaris o Radhosamis, todos ellos con su respectiva red de gurduaras, más o menos extensa. Más detalles en Singh, Gurharpal; op. cit. pp. 152-155.

608 McLeod, William H.; "The five Ks of the Khalsa sikhs" op. cit.

609 McLeod, William H.; *Exploring Sikhism*, op. cit. p. 139.

610 Sir John Malcolm (1769-1833) fue un historiador, diplomático y político británico, administrador de la *East India Company* y gobernador de Bombay. En 1810 publicó *Sketch of the sikhs*.

su gobierno cuando se construyó el templo dorado de Amritsar. Fue también en tiempos del gurú Arjan cuando se comenzó a compilar el *Adi Granth* o libro sagrado.

Pero si Arjan nos resulta de interés es también porque no sólo se limitó a ejercer un control espiritual sobre la comunidad de fieles, sino que ejerció un poder político[611]. En su época la comunidad sij se había convertido en un grupo social de dimensiones y organización formidable[612]. Tal amenaza para el Estado mogol se vio acrecentada cuando el gurú se involucró en las disputas dinásticas mogolas, de forma que el nuevo emperador, Jahangir (1569-1627), decidió atajar el problema ajusticiando a Arjan. El quinto gurú se convirtió, de esta forma, en el primer mártir del sijismo en 1606. Las relaciones entre la comunidad sij y la autoridad mogol cambiaron para siempre.

El hijo de Arjan, Hargobind (1595-1644), convertido en el sexto gurú, decidió organizar a la comunidad para la resistencia al dominio mogol. La militarización de la comunidad sij conduce a la aparición del ideal del monje-soldado que irá aparejado a esta fe en lo sucesivo y que está reflejado en la anécdota de la que se hace eco Agustín Pániker según la cual el gurú Hargobind se definió a sí mismo con las palabras: "Soy internamente un eremita y externamente un príncipe". Hargobind conoció las prisiones mogolas.

Las tensiones entre los sucesivos gurús y el poder mogol cristalizaron en una nueva ejecución, la del noveno gurú Tengh Bahadur, por negarse a convertirse al islam. Su hijo, el décimo gurú, Gobind Singh fue, como ha quedado dicho, el impulsor de la *Khalsa* así como de la consagración del *Adi Granth* como gurú definitivo, dando fin a la era de los gurús personales con su muerte en 1708. Es fácil entender cómo el mensaje igualitarista de la *Khalsa* contribuyó a la adhesión de nuevos fieles por la superación del sistema de castas, así como por la oposición al dominio musulmán.

Tras el legado del gurú Gobind Singh los sijs protagonizaron varios levantamientos armados frente al menguante imperio mogol y frente al poder creciente en la zona, el *Shah* de Persia. Esto llevó a la comunidad sij a vivir en rebeldía y en continua huida. Será la época de los mártires sijs en la que se acuñó el lema *Raj Karega Khalsa* (La *Khalsa* gobernará).

[611] Pániker, Agustín; *op. cit.* pp. 80-82.

[612] Singh, Pashaura; "Understanding the martyrdom of Guru Arjan" en *Journal of Punjab Studies*, 12 (1) 2005, pp. 29-62.

Durante la segunda mitad del siglo XVIII el poder mogol se deterioró definitivamente, entre otras razones por las guerras afganas de los gobernantes de Kabul. Sin embargo, el vacío de poder que se creó en el Punyab fue ocupado por los jefes de las milicias asociadas a la *Khalsa* (*misls*) y ello cristalizó en un liderazgo, el de Ranjit Singh, que creó lo más parecido que ha habido nunca a un Estado sij. Los mismos británicos reconocieron su dominio sobre el Punyab hasta su muerte en 1839. Posteriormente el dominio colonial británico necesitó de dos guerras (1845/1846) y (1848/1849) para sojuzgar a los sijs[613].

Desde una perspectiva contemporánea han sido tres los hitos históricos que ayudan a entender la conformación de la identidad colectiva sij en el presente. En primer lugar, la influencia intelectual ejercida durante el dominio colonial británico, cuando se inocularon en la población india categorías propias de la modernidad occidental que no habían sido nunca tenidas en cuenta por la población autóctona ni se correspondían con la pluralidad de grupos étnicos, culturales y religiosos del subcontinente indio. Los sijs fueron incluidos entre las "castas y razas marciales", de forma que desde el poder colonizador se potenciaron sus características militares y viriles hasta el punto de que los sijs llegaron a formar parte del ejercito colonial británico en una proporción mayor de la que correspondía a su peso demográfico. Tal racialización conllevó a una visión más ortodoxa y categórica de la identidad sij, potenciada paradójicamente por una visión externa como era la de los colonizadores. Pániker sostiene que, con anterioridad a la introducción de categorías modernas, las identidades religiosas del sur de Asia eran fluidas, de manera que (particularmente por su peso sociológico) el hinduismo pudo ejercer una influencia enorme en la comunidad sij, hasta el punto de permear gran parte de sus costumbres y hábitos cotidianos. Una tendencia que fue interrumpida por este factor colonial que identificó en los militantes de la *Khalsa* a los verdaderos sijs y potenció su tradición como la verdadera corriente preservadora del sijismo. Refiriéndose a la diversidad existente en la India, Pániker afirma

> *"… este cromático cuadro no fue bien entendido o asimilado por los colonizadores. Atrapados en ciertas categorías estancas los colonizadores tomaron a los sikhs con los distintivos más característicos (los Singh) por el Panth en su totalidad. De manera que formularon aquello de que muchos sikhs se estaban "desviando" de las recomendaciones del rahit de la Khalsa. Ergo, el sikhismo "regresaba" a la matriz*

[613] Para un recuento de las guerras sij ver Turnbull, Patrick; "Ferozeshah and the sikh war, December 1845" en History Today, vol. 27, issue 1, enero 1977, pp. 31-40; Latimer, Jon; "The second sikh war. Britain's costly conquest" en *Military History*, diciembre 2006, pp. 38-45.

> *hindú (…) En esta tesitura los colonizadores comenzaron a hurgar en los textos sikhs para dar con el genuino sikhismo antes de que fuese corrompido por el politeísmo y la superstición hindú (…) La verdad es que más que tratar de entender el sikhismo, la empresa "orientalista" tiene que ver en cómo tendría que ser el ismo en cuestión. En esta nueva episteme los intelectuales sikhs mostraron un celo "orientalista" tan fervoroso como el de sus mentores."*[614]

Sabido es que la relación entre sijs y británicos mejoró considerablemente cuando los primeros se alinearon con los segundos durante la revuelta de 1857[615] y ayudaron activamente en su aplacamiento. Ahí comenzó un período de colaboración en el cual los sijs participaron de las instituciones coloniales, tanto en la administración como en el ejército con el beneplácito de los británicos. Sin embargo, la presencia europea en la India tenía fecha de caducidad. Ese es el segundo hito histórico significativo.

La partición de la India, junto con su capítulo más sangriento y doloroso, la partición del Punyab, constituyeron no sólo una de las grandes tragedias del siglo XX sino también una herida abierta en la memoria colectiva de la comunidad sij en todo el mundo. La creciente conciencia de incompatibilidad entre los diferentes grupos étnico-religiosos, que se gestó durante las décadas previas a la salida británica, anticipaba un horizonte peligroso, como subraya Yasmin Khan[616]. Las negociaciones políticas condujeron a que el proceso de descolonización trajera consigo la creación de dos Estados: India y Pakistán. Esto puso a los líderes de la comunidad sij en la tesitura de reclamar igualmente la creación de un Estado sij o *Khalistán*. Lord Mountbatten se opuso a la idea y finalmente no fructificó, con lo que a los sijs no les quedó más remedio que plantearse emigrar a un lado u otro de la línea Radcliffe; al Estado confesional musulmán de Pakistan (cuyos futuros líderes ofrecieron a los sijs un estatus propio) o bien al Estado indio cuyo proyecto era constituirse como no confesional, aunque sociológicamente supondría integrarse en una inmensa marea hindú. La mayoría de sijs escogieron esta última opción.

---

[614] Pániker, A. *op. cit.* pp. 141-143.

[615] La rebelión de la India de 1857 fue un serio conflicto bélico que supuso una amenaza considerable al dominio británico. Tras su derrota se disolvió la Compañía británica de las Indias occidentales y se reorganizaron tanto la forma de administración política y financiera de la India como el mismo ejército colonial.

[616] "*In the three decades preceding partition a self-conscious awareness of religious ethnicity –and conflict based on this– had undoubtedly escalated in intensity and was becoming more flagrant*" Khan, Yasmin; *The great partition. The making of India and Pakistan*. New Haven: Yale University Press, 2008, pp. 18-19.

Se estima que casi doce millones de personas se vieron obligadas a abandonar sus hogares y adoptar el estatus de refugiado antes de la noche del 15 de agosto de 1947 que vio nacer a India y Pakistán. La cifra de fallecidos será siempre una incógnita (calculada entre 600.000 a un millón de personas), mientras que la de víctimas de la violencia, en sus múltiples modalidades, contra las mujeres y entre los hombres sólo puede ser intuida[617]. En el terreno político muchas personas entre la comunidad sij quedaron marcadas por la sensación de oportunidad perdida de constituir un Estado propio, además de por el hecho de que la populosa ciudad de Lahore, así como la emblemática localidad de Talvandi (lugar de nacimiento del Gurú Nanak) quedaron en el lado pakistaní, mientras que Amritsar y el templo dorado formaron parte de la India[618].

Los acontecimientos de las décadas posteriores a la independencia, dentro del Estado indio, llevaron al surgimiento de movimientos *khalistanis* en favor de un Estado sij[619], alguno de ellos claramente extremista y con vocación violenta. El más conocido fue el liderado por Sant Jarnail Singh Bhindranwale. A comienzos de la década de 1980 su creciente pulso con las facciones rivales, así como con el gobierno de la primera ministra Indhira Gandhi, le llevó a tomar la postura de encerrarse con algunos de sus seguidores en el templo dorado. Los acontecimientos posteriores, en la primera mitad de 1984, llevaron a la señora Gandhi al convencimiento de que el desafío planteado por Bhindranwale era excesivo y que debía ser solucionado de manera taxativa. La forma de hacerlo, sin embargo, resultó ser políticamente torpe. Se decretó el estado de sitio en el Punyab y el templo dorado fue rodeado por el ejército. Quien dio la orden de ataque no tuvo en cuenta lo simbólico de aquella primera semana de junio en la que se celebraba el aniversario de la fecha del martirio del gurú Arjan. Por este motivo, además de los aproximadamente 700 seguidores de Bhindranwale, allí se daban cita miles de personas que habían peregrinado hasta el lugar sagrado para la celebración. La llamada *operación Bluestar* duró varios días, del 1 al 10 de junio, y se calcula que Bhindranwale debió morir

[617] Una interesante reflexión acerca de la manera de recrear aquellos acontecimientos, no sólo desde el punto de vista cuantitativo sino desde la dificultad de categorizar el concepto de víctima ante la penumbra que rodea a los acontecimientos de aquellas fechas, se encuentra en Brass, Paul R. "Victims, ¿heroes or martyrs? Partition and the problem of memorialization in contemporary sikh history" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 1, junio 2006, pp. 17-31.

[618] Talbot, Ian recoge varios testimonios de familias de refugiados como consecuencia de aquellos eventos en "Partition. Memory and trauma: voices of pujabi refugee migrants in Lahore and Amritsar" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 1, junio de 2006, pp. 3-16.

[619] Para un recuento de la ideología *khalistani* y el soberanismo sij ver Rai, Jasdev; "Khalistan is dead ¡Long live Khalistan!" en *Sikh Formations*, vol. 7, nº 1, abril 2011, pp. 1-41.

en algún momento entre el día 5 y el 7 de junio[620]. Varios cientos de fieles inocentes, así como un número indeterminado, pero siempre escandaloso (las fuentes oscilan entre 5.000 ó 20.000), de heridos produjeron una inmensa conmoción entre la población sij. Las imágenes del templo dorado en estado ruinoso tras el combate añadieron un sentimiento de sacrilegio a los acontecimientos[621]. Gran parte de la opinión pública sij consideró a la primera ministra como culpable de esta situación.

Paradójicamente, como un residuo heredado del pasado colonial británico, que dejó como legado la idea de que los sijs eran los mejor dotados para la guerra en la India, la primera ministra contaba con una guardia privada formada por sijs. El 31 de octubre de aquel mismo año dos de aquellos guardaespaldas dirigieron sus ametralladoras contra ella, acabando con su vida. Durante los interrogatorios a los que fueron sometidos tras el magnicidio justificaron sus actos como venganza por la responsabilidad atribuida a la mandataria en la operación *Bluestar*[622]. El crimen propició una oleada de violencia contra la comunidad sij, conocida como los *pogromos de 1984*. La investigación de estos hechos aún continúa ofreciendo datos que ilustran la dureza de la violencia desatada[623]. Por otro lado, los años inmediatamente siguientes a los acontecimientos de 1984 fueron testigos de atentados provocados por el terrorismo ligado al independentismo khalistaní[624].

---

[620] La figura de Bhindranwale nunca ha dejado de ser controvertida. Hoy día, incluso, se puede decir que genera más controversia que nunca a consecuencia del miedo al terrorismo de inspiración religiosa. En esta línea está el trabajo de Juergensmeyer, Mark; "From Bhindranwale to Bin Laden: the rise of religious violence", presentation at Arizona State University/National Bureau of Asian Research Conference, October 14-15, 2004 "Religion and Conflict in Asia: Disrupting Violence", disponible en http://escholarship.org/uc/item/7322q2p5 ; en verano de 2015 nos llegó la noticia de disturbios ocasionados en la ciudad de Jammu cuando algunas personas sijs exhibieron posters con la foto de Bhindranwale. Khajuria, Sanjay; "One killed as protests over Bhindranwale's posters escalate in Jannu" en *The Times of India*, 15 de junio de 2015, disponible en http://timesofindia.indiatimes.com/india/One-killed-as-protests-over-Bhindranwales-posters-escalate-in-Jammu/articleshow/47547022.cms

[621] La operación *Bluestar* sigue siendo un recuerdo doloroso para la comunidad sij en todo el mundo. Se analizan los hechos ocurridos aquellos fatídicos días a través de los monumentos y recuerdos levantados en honor a las víctimas en Chopra, Radhika "Commemorating hurt: memorializing operation Bluestar" en *Sikh Formations*, vol. 6, nº 2, diciembre 2010, pp. 119-152.

[622] Desde aquellas primeras reacciones contra el gobierno indio hasta el presente la comunidad sij ha reflexionado constantemente para ordenar sus recuerdos, interpretar los eventos, rehacer discursos y llorar a las víctimas. Un esfuerzo de sintetizar todo ese proceso lo encontramos en Tatla, Darshan S.; "The morning after: memory and the sikh predicament since 1984" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 1, junio 2006, pp. 57-88.

[623] Human Rights Watch, "India: Bring Charges for Newly Discovered Massacre of Sikhs", 25 de abril de 2011, disponible en http://www.hrw.org/en/news/2011/04/25/india-bring-charges-newly-discovered-massacre-sikhs Para una interpretación en clave histórica de la violencia ejercida, poniéndola en relación con el pasado colonial del país, ver Bhogal, Balbinder "Monopolizing violence before and after 1984. Governmental law and the people´s passion" en *Sikh Formations*, vol. 7, nº 1, abril 2011, pp. 57-82.

[624] Entre los actos terroristas que fueron cometidos en aquella época destaca la bomba colocada en el vuelo 182 de *Air India* que unía las ciudades de Montreal y Londres, el 23 de junio de 1985. Se trata de la mayor

Los dos eventos referidos, la partición de la India y los trágicos sucesos de la operación *Bluestar* así como sus consecuencias, contribuyeron a incrementar la diáspora y a conformar la identidad sij en torno a estos factores en los que cierta noción de "nación sij" está impregnada de recuerdos colectivos de violencia, pérdida, sufrimiento y resistencia[625]. La comprensión de esta construcción del discurso, que afecta a la memoria colectiva de una comunidad en la diáspora, resulta relevante para entender cómo y por qué sus miembros permanecen fieles a aquellos símbolos que visibilizan su pertenencia al grupo[626].

Se estima que hay unos 27 millones de personas que profesan la fe sij en el mundo, de los cuales el 83% vive en la India. Entre éstos últimos el 76% lo hacen en el Punyab. Fue, como ha quedado dicho, a partir de la segunda mitad del siglo XIX cuando comenzó la migración de la comunidad sij fuera del subcontinente indio. En un principio se movieron dentro de los límites del imperio británico y posteriormente los trascendieron, aunque

tragedia aérea de la historia de la aviación canadiense. El avión, un Boeing 747 con 329 personas en su interior, estalló sobre el océano Atlántico, en aguas territoriales irlandesas. Después de una prolongada investigación, la autoría le fue adjudicada a *Babar Khalsa*, un grupo terrorista de ideología khalistaní, cuyos principales líderes vivían y operaban desde la Columbia Británica canadiense. Precisamente se ha estudiado la incidencia que en la actualidad tienen estos hechos en la formación de la identidad de la juventud sij en la Columbia Británica, así como en la percepción que tienen de la comunidad sij el resto de habitantes de esta provincia en Nayar, Kamala Elisabeth; "The intersection of religious identity and visible minority status. The case of sikh youth in British Columbia" en Lefebvre, Solange y Beaman, Lori G. (eds.) *Religion in the public sphere. Canadian case studies*, Toronto: University of Toronto Press, 2014, pp. 218-236.

625 Una idea que subraya Ahluwalia, Pal; "Inventing home. (Re)Membering the Nation" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 2, diciembre 2006, pp. 103-114. A través del análisis de la película documental *My Mother India*, dirigida por la directora australiana de origen sij Safina Uberoi, intercala preguntas acerca de consideraciones acerca de la conformación de la identidad, el trauma y el recuerdo que han sido características de la diáspora sij: "*What this film demands is that the events that were integral to a constitution of a Sikh identity – the massacre at Amritsar, Partition, as well as the violence of 1984 – be contextualised against a background of violence and suffering. The effect of this violence is deeply manifested in ideas of loss and suffering most vividly captured in the redrawing of the very boundaries that these groups inhabited through Partition. The idea of suffering and the resilience of the Sikh spirit are central to how the Sikh nation is (re)membered. This constructed identity is based on a cathartic notion of loss and suffering which embody the very notion of a Sikh nation".*

626 Entre los numerosos trabajos existentes acerca de la construcción del discurso de la diáspora sij, se puede destacar, además de los ya mencionados, a Keith Axel, Brian; "Digital figurings of the unimaginable: visual media, death and formations of the sikh diáspora" en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 34, nº 7, september 2008, pp. 1145-1159; Kaur, Harpreet; "Reconstructing the sikh diaspora" en *International Migration*, vol. 50, nº 1, 2012, pp. 129-142; Shani, Giorgio; "The memorialization of Ghallughara: trauma, nation and diaspora" en *Sikh Formations*, vol. 6, nº 2, diciembre 2010, pp. 177-192; Hirvi, Laura; "The sikh gurdwara in Finland: negotiating, maintaining and transmitting immigrants' identities" en *South Asian Diaspora*, vol. 2, nº 2, septiembre 2010, pp. 219-232; Singh, Jasmine K.; "Everything I'm not made me everything I am: the racialization of Sikhs in the United States" en *UCLA Asian Pacific American Law Journal*, vol. 14, 2009, pp. 54-85; Jodhka, Surinder S.; "Sikhs in contemporary times: religious identities and discourses of development" en *Sikh Formations*, vol. 5, nº 1, junio 2009, pp. 1-22; Kamala Elisabeth N.; "Misunderstood in the diaspora: the experience of orthodox sikhs in Vancouver" en *Sikh Formations*, vol. 4, nº 1, pp. 17-32.

lógicamente los países de habla anglosajona fueron, y son hoy día, los principales destinatarios de esta migración. Es difícil hacer una estimación de las personas de fe sij que viven en los países que resultan de interés con vistas a nuestro estudio. Se cuantifica oficialmente en 455.000 personas el número de sijs en Canadá, aproximadamente el 1,4% de la población[627]. Estados Unidos carece de datos oficiales acerca de la filiación religiosa de sus habitantes. *The Sikh Coalition*, organización privada dedicada a fomentar la educación y el respeto a los derechos humanos, nacida tras las experiencias discriminatorias vividas por muchas personas de fe sij después de la conmoción generada por los atentados del 11 de septiembre de 2001, estima en su página web que habría más de 500.000 individuos adscribibles a este credo en Estados Unidos[628]. Las comunidades más numerosas estarían en los Estados de California, Nueva York y Nueva Jersey. En el Reino Unido el censo de 2011 cifraba en casi 430.000 personas la población sij, estando ubicadas 420.126 de ellas sólo en Inglaterra[629]. Organizaciones como la mencionada *The Sikh Coalition*[630] en Estados Unidos, *World Sikh Organization*[631] en Canada o el *British Sikh Report*[632] en Reino Unido han visto la luz recientemente con el objetivo de dar a conocer la comunidad sij, sus valores y su historia en los países mencionados.

[627] Dato proveniente de la página del Gobierno de Canadá y de la actividad censal que realizó, *National Household Survey*, en 2011. Fuente disponible en http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-010-x/99-010-x2011001-eng.pdf

[628] Disponible en http://www.sikhcoalition.org/images/education_resources/whoarethesikhs_national_web.pdf

[629] Office for National Statistics, disponible en http://www.ons.gov.uk/ons/datasets-and-tables/index.html?pubdateRangeType=allDates&sortBy=none&sortDirection=none&newquery=2011+census+religion&pageSize=50&applyFilters=true&content-type-orig=%22Dataset%22+OR+content-type_original%3A%22Reference+table%22

[630] http://www.sikhcoalition.org/

[631] http://www.worldsikh.org/about

[632] http://www.britishsikhreport.org/

II.- LA PRESENCIA DE LA SIMBOLOGÍA DINÁMICA SIJ EN EL ESPACIO PÚBLICO GESTIONADA MEDIANTE EL ACOMODO RAZONABLE

> "Por favor, no nos impongáis la manera en la que nos vamos a liberar"
>
> Testimonio de una joven mujer musulmana ante la Comisión Bouchard-Taylor[633]

3.- El ámbito educativo. Pluralismo religioso y seguridad en el aula.

3.1.- Multani o el desafío de ser coherente con los postulados del multiculturalismo canadiense

De todos los elementos religiosos que componen el vestuario de los iniciados en la *Khalsa*, ninguno resulta tan controvertido para la mentalidad occidental como el *kirpan* o daga ceremonial. Su empleo por parte de menores en el entorno escolar despierta lógicos recelos entre el resto de la comunidad y enciende la preocupación en torno a la seguridad en las aulas. Tales prevenciones pueden ser atemperadas a través del conocimiento mutuo[634] y la convivencia. De hecho, a pesar del debate que provocó el caso Multani en la opinión pública canadiense, lo cierto es que antes de esa fecha el empleo del *kirpan* por parte del alumnado en Canadá no era una materia controvertida.

Es preciso recordar que con anterioridad a esta sentencia ya se había producido un pronunciamiento en 1991 en el caso conocido como *Pandori*[635]. En aquella ocasión el tribunal (Ontario Divisional Court) permitió el empleo del *kirpan* bajo ciertas condiciones. En su argumentario tenía peso la idea de que no se habían consignado hechos violentos relacionados con este símbolo religioso y que, en consecuencia, no había centros escolares en la provincia de Ontario que hubiesen establecido prohibiciones generales a su uso, prevaleciendo, de hecho, aquéllos que lo permitían.

> *Sikhs may wear kirpans in schools in Surrey, British Columbia. Although no other Ontario school board has expressly addressed the issue with the same depth as the Peel board, students may wear kirpans in the North York Board of Education and the Etobicoke Board of Education (which has a limit of six inches in size). No school*

[633] Escuchada en Montreal el 29 de noviembre de 2007. *Building the future. A time for reconciliation*. p. 234, nota al pie 77.

[634] Ya ha quedado dicho que para las visiones modernas del sijismo la daga ceremonial es concebida como un elemento meramente simbólico y desprovisto de connotaciones físicas.

[635] Por el nombre del demandante Harbhaian Singh Pandori. *Peel Board of Education v. Ontario Human Rights Commission* (1991), 3 O.R. (3d) 531

> *boards in the Metropolitan Toronto area have a policy prohibiting or restricting kirpans. There is no evidence that kirpans have sparked a violent incident in any school, no evidence that any other school board in Canada bans kirpans, and no evidence of a student anywhere in Canada using a kirpan as a weapon.*[636]

Precisamente esa ausencia de historial sangriento del *kirpan* en las escuelas canadienses será empleada de nuevo quince años después, esta vez por el TSC, para argumentar a favor de su uso bajo determinados condicionantes. Más aún, la propia narración de los hechos considerados probados en la sentencia explica la naturaleza incontrovertida del *kirpan* en el país norteamericano y son, tal vez, el estado del debate quebequés acerca del principio de laicidad, el modelo intercultural adoptado por la provincia y contrapuesto al multicultural del resto de Canadá, el papel de las culturas minoritarias producto de la inmigración y la preocupación por la preservación de la identidad propia de Quebec percibida como sujeta a amenaza, los factores que explican la resonancia que alcanzó el caso ante la opinión pública[637].

El joven Gurbaj Singh Multani, que en 2001 contaba 12 años, dejó caer accidentalmente su *kirpan* en el patio del centro escolar en el que estudiaba. En un primer momento, la administración del centro (*school board*) envió un escrito a la familia en el cual a modo de *acomodo razonable* le ofrecía la posibilidad de llevar la daga ceremonial a clase siempre que se cumpliesen ciertas premisas destinadas a asegurar que el *kirpan* siempre permaneciera sellado bajo sus ropas[638]. Sin embargo, semanas después la dirección del

---

[636] *Peel Board of education v. Ontario Human Rights Commission*, op. cit. § 532-33, citado en *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, op. cit. § 60.

[637] Un muy didáctico (y persuasivo) trabajo que aborda la descripción y justificación del modelo intercultural quebequés se encuentra en Bouchard, Gerard; "¿What is interculturalism?" en *McGill Law Journal*, 56:2, 2011, pp. 435-468. Para un análisis de la crisis de los acomodos en Quebec, sus implicaciones sobre el modelo multicultural y el alcance de la reflexión propiciada por la comisión Bouchard-Taylor, ver Gorrotxategi Azurmendi, Miren; "El interculturalismo quebequés en la encrucijada. De la crisis de los acomodamientos razonables a la comisión Bouchard-Taylor" en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 150, octubre-diciembre, 2010, pp. 175-223. Acerca de la interpretación intercultural de los derechos humanos como clave para la gestión de las diversidades culturales habla Martínez de Bringas, Asier; "Derechos humanos y diversidad(es) cultural(es). Los retos de la interculturalidad" en *Derechos y Libertades*, nº 26, 2012, pp. 109-144.

[638] Las condiciones pactadas originalmente entre las partes obligaban a la familia Multani a cumplir los siguientes requisitos, que el *kirpan*

- Fuese portado no a la vista sino bajo la ropa del muchacho.
- Fuese llevado en una vaina no de metal sino de madera
- Nunca fuese desenvainado y para ello estuviese envuelto y cosido dentro de una tela robusta la cual a su vez tendría que ir cosida a su ropa.
- Que en cualquier momento el personal escolar podría verificar el cumplimiento de estas medidas.
- Siempre tendría que permanecer en posesión del alumno, de forma que cualquier desaparición tendría que ser reportada de inmediato a la dirección del centro.

centro (*Governing board*) rehusó dar su beneplácito al acuerdo por entender que contradecía el artículo 5 del código de conducta del establecimiento. En su lugar se le ofreció a la familia llevar una daga simbólica en forma de pendiente o hecha de otro material inocuo. Tal acuerdo no fue considerado satisfactorio por parte de los demandantes al entender que con el mismo no se podía dar cumplimiento al precepto religioso obligatorio.

En consecuencia, del tenor de los hechos se puede deducir que las prácticas de armonización de las necesidades religiosas del alumnado (al menos de los sijs, incluso en un ámbito tan comprometido como el de la utilización del *kirpan*) eran asumidas por la comunidad escolar como una forma de negociación en la cual los intereses de ambas partes eran tenidos en cuenta con la intención de favorecer la convivencia. Una forma de acuerdo que, en palabras de Bouchard y Taylor[639], podría denominarse como *ajuste concertado* en la medida en que la ciudadanía gestiona sus diferencias a través de valores como el intercambio, la negociación o la reciprocidad.

El valor de la sentencia que comentamos reside en que, a falta de acuerdo, el Tribunal Supremo aplicó el razonamiento jurídico destinado a analizar las limitaciones a la libertad religiosa y reforzar de paso los argumentos que han llevado a particulares y poderes públicos a acomodar las necesidades religiosas de los grupos minoritarios. Todo ello en una materia tan sensible como es la ostentación de simbología dinámica religiosa en las aulas escolares y en un ámbito geográfico tan peculiar como es el de la provincia de Quebec.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que la mayoría del tribunal decidiese buscar la resolución de esta controversia en el ámbito del Derecho constitucional otorgó al fallo un alcance más general y de mayor calado en la protección de la libertad religiosa que la prevista por aquellos magistrados discrepantes que optaron por buscarla en el Derecho administrativo. Por un lado, ninguna de las partes puso en cuestión que el Código de conducta del centro hubiese sido promulgado dentro de las atribuciones competenciales propias de un centro escolar. Por otro lado, es verdad que en este caso sólo hay un derecho fundamental en juego, como es la libertad religiosa del demandante. Sin embargo, es la

- Que el incumplimiento de estas condiciones acarrearía para el alumno la pérdida del derecho a llevar el *kirpan*.

[639] Bouchard, Gerard y Taylor, Charles *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit.

tutela de ese derecho fundamental, frente a la legítima pretensión que tiene el centro docente de dotarse de normas de funcionamiento previsibles para toda la comunidad escolar, la que empujó al TSC a afrontar un análisis tendente a comprobar la fundamentación de la interferencia producida en la libertad religiosa a través del análisis constitucional propuesto en el artículo 1 de la CCDL. En definitiva, a examinar el peso de los bienes jurídicos merecedores de protección que confluyen en este caso con intereses contrapuestos. Tal ponderación, de hecho, ya era aceptada desde el inicio por la parte demandante (la familia Multani) visto que en ningún momento argumentó a favor de su derecho a portar el *kirpan* de manera absoluta, sino que aceptó (explícita e implícitamente) la necesidad de introducir condiciones en esta práctica producto de las características del espacio en el que se pretendía llevar (un aula).

Con carácter previo al mencionado examen el TSC debió establecer si efectivamente la libertad religiosa de Multani había sido vulnerada. En esta ocasión tal determinación no resultó compleja. Las ya comentadas sentencias de los casos *Big Drug Mart* y *Anselem*[640] habían establecido claramente los criterios de sinceridad y subjetividad de las prácticas que se entendían incluidas dentro del ámbito de protección de la libertad que nos ocupa. Por otro lado, ni las partes litigantes ni los fallos recurridos habían puesto en duda la naturaleza religiosa de la práctica sij. El hecho de que se pudiese argumentar, como hizo la dirección del centro escolar, que el *kirpan* es una daga cuya finalidad es la de herir o agredir a terceros[641] no supuso que la parte demandante tuviese que demostrar en el juicio la falsedad de esa afirmación, sino que lo que debió probar fue la sinceridad de sus creencias.

El TSC tuvo ocasión de fijar en el conocido como caso *Oakes*[642] las características del examen destinado a comprobar la justificación de la limitación producida en el ejercicio de un derecho fundamental de los reconocidos en la Carta canadiense de Derechos y Libertades. El papel que juega el artículo 1 no sólo es el de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el resto del articulado sino también el de explicitar el criterio mediante el cual la limitación de esos derechos podría estar justificada. Según el tenor de este precepto la limitación de un derecho fundamental sólo puede estar sujeta

[640] *R. v. Big Drug Mart Ltd*. op. cit. y *Syndicat Northcrest v. Anselem,* op. cit.

[641] Más adelante nos ocuparemos de averiguar qué entiende la legislación penal canadiense por arma o de qué manera los tribunales estadounidenses establecieron la naturaleza agresiva o religiosa del *kirpan*.

[642] *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103

a los límites razonables establecidos en la ley y debe encontrar manifiesta justificación en una sociedad libre y democrática[643].

El criterio de la "limitación razonable y justificada" debe, a juicio del TSC, cumplir dos criterios: en primer lugar, el objetivo propuesto por la norma limitadora debe ser suficientemente relevante como para imponerse a un derecho fundamental[644]. En segundo lugar, los medios empleados por quien busca interferir en el ejercicio de un derecho de esta naturaleza deben ser razonables[645]. Toda vez que el criterio de la "razonabilidad" resulta un concepto indeterminado, la misma sentencia *Oakes* articuló un examen de proporcionalidad a través del cual se midiese esta característica, mediante la respuesta a tres interrogantes. El primero consiste en testar si existe una conexión racional entre el objetivo propuesto y las medidas empleadas, de manera que se evite la arbitrariedad de la interferencia. Posteriormente hay que preguntarse por si la afección al derecho fundamental se ha producido en su grado mínimo. Finalmente se debe cuestionar acerca de la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si los efectos positivos obtenidos mediante la limitación han superado a las consecuencias negativas generadas.

El primero de los pasos del examen acerca de la constitucionalidad de la limitación, esto es, la relevancia del objetivo propuesto por la normativa limitadora, resulta sencillo por no controvertido. Efectivamente la seguridad de terceras personas (en este caso en las aulas de los centros docentes), aun no siendo un derecho fundamental, sí que es un bien jurídico merecedor de protección que puede ser examinado de acuerdo a las circunstancias que concurren para valorar la legitimidad de la medida tomada. Ahora bien, el tribunal establece una matización que no es sino una llamada de atención a evitar los planteamientos absolutos en esta materia producto de una visión etnocéntrica. Es cierto que portar un *kirpan* nos provoca recelo ya que entendemos comprometida la seguridad en las aulas. Sin embargo, cuando nos planteamos esta seguridad lo que estamos pensando es en un nivel razonable de la misma, no en un estándar de seguridad absoluta, el cual no sólo llevaría a invertir en medios y protocolos de seguridad inexistentes en los centros escolares (detectores de metales, entradas individualizadas al centro…) sino también en la prohibición de elementos de uso común en las escuelas en

[643] El test de necesidad que se prefigura en este precepto presenta las mismas características que el visto en el CEDH.

[644] Recuerda al *compelling State interest* definido en el *test de Shebert* estadounidense.

[645] O proporcionados, como vimos en el capítulo 2.

la actualidad, tales como tijeras, bates de béisbol, cubiertos en el comedor, compases… En consecuencia, es un *nivel razonable de seguridad* lo que por regla general esperamos encontrar en nuestras aulas y que tiene que ver con la prohibición de portar armas o exhibir comportamientos violentos. Ese es el objetivo de las normas de conducta o los estatutos escolares. De esta forma, se entiende superado el test de necesidad.

El segundo acto del examen de la limitación al amparo del artículo 1 CCDL se juega en el análisis de la proporcionalidad de las medidas adoptadas en relación con los objetivos propuestos. En este sentido la primera pregunta que se hace el tribunal consiste en plantear si existe una conexión razonable entre los medios empleados y la finalidad buscada. Parece claro que la prohibición establecida por los gestores del centro estaba destinada a favorecer la seguridad en el entorno escolar, por lo que la primera característica que se debe tener en cuenta se cumple. La segunda pregunta que testa la proporcionalidad de la medida tiene que ver con la afección producida al ejercicio de la libertad religiosa, que debería haberse llevado a cabo con la solución menos agresiva para con el derecho afectado. En otras palabras, es preciso cuestionar si la prohibición es la alternativa disponible menos invasiva para con la libertad religiosa, o bien si hay forma de conciliar ambos bienes jurídicos contrapuestos.

Para la mayoría del tribunal, cuyos argumentos fueron desgranados por la magistrada Louise Charron, es la parte demandada (la que estableció la prohibición) en quien recae la carga de la prueba de demostrar que la solución adoptada es razonable y ponderada en sus efectos. Por ello analiza los argumentos desgranados por la dirección del centro y que se resumen en que la aceptación del *kirpan* de Mutani traería consigo una reducción de la seguridad en el centro por el incremento de la posibilidad de que ocurriesen actos violentos. En segundo lugar, en que la concesión del permiso habría supuesto la inevitable proliferación de armas entre el alumnado. En tercer lugar, se legitimaría el uso de la violencia como forma de solucionar los conflictos, toda vez que el *kirpan* resulta un símbolo violento y, finalmente, la autorización pondría en duda las reglas del juego de la igualdad y supondría la adopción de un doble estándar.

A las dos primeras objeciones del consejo de dirección el TSC opone la inexistencia de hechos violentos relacionados con el *kirpan* en los centros escolares de Canadá, algo que, como ya se ha apuntado, se argumentó años antes en el caso *Pandori*. Además, de acuerdo a las condiciones pactadas, si un alumno quisiese agredir a otro arrebatándole el *kirpan* a

Multani encontraría numerosas dificultades. De hecho, le resultaría más cómodo agredir a una tercera persona empleando otros instrumentos de uso cotidiano en las aulas y que también tienen una importante incidencia si se empleasen como arma (es el caso de tijeras, cutters…). Desde nuestro punto de vista el valor que tiene el razonamiento del TSC en relación con el requisito de la seguridad tiene que ver con la concreción que aporta a la ponderación de este término, a diferencia de los enfoques adoptados por otras sentencias analizadas en este mismo trabajo. Es cierto que no hay que esperar a que el riesgo para la seguridad se materialice en un daño, pero también es verdad (y ese es el punto fuerte del razonamiento de este fallo) que, a los efectos de provocar una limitación en un derecho fundamental, ese riesgo debe estar inequívocamente determinado[646].

El argumento acerca del carácter del *kirpan* como elemento violento, cuyo uso ampara actitudes favorables al uso de la fuerza, tiene que ver con las atribuciones unilaterales de significado, que conformaban el núcleo central de la argumentación contraria al empleo de símbolos religiosos dinámicos que hemos visto en el capítulo 2. En esta ocasión el TSC no las va a tener en cuenta en su evaluación del caso ya que no sólo contradicen el sentido religioso con el que sus portadores lo llevan, sino que, incluso, estima que resulta irrespetuoso con ellos, así como con los proclamados valores multiculturales de la sociedad canadiense. Es más, se podría añadir que es el tantas veces citado principio de laicidad el que impide a los poderes públicos manifestar opiniones positivas o negativas (más allá de las consideraciones acerca de los derechos de terceros que puedan verse afectados por ellos o por su uso espurio) sobre los credos existentes en la sociedad.

Más espacio dedicó la sentencia a responder al argumento que apuntaba al incremento del malestar en las aulas a consecuencia del permiso otorgado al *kirpan* debido a agravios comparativos entre el resto del alumnado. Es igualmente un argumento empleado en otras controversias que han involucrado a otros signos de adscripción religiosa como el *hiyab* o el turbante frente a gorras y viseras. Como recuerda la magistrada Charron, explicar al alumnado la diferencia entre portar una navaja y llevar un signo religioso como el *kirpan*, así como entre una prenda religiosa y las gorras que expresan preferencias personales es una labor que deben llevar a cabo los centros educativos de manera imperativa ya que

[646] *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, op. cit. § 67: "*I agree that it is not necessary to wait for harm to be done before acting, but the existence of concerns relating to safety must be unequivocally established for the infringement of a constitutional right to be justified. Given the evidence in the record, it is my opinion that the respondents' argument in support of an absolute prohibition — namely that kirpans are inherently dangerous — must fail*".

incide en el núcleo duro de la convivencia democrática. En consecuencia, el tribunal entiende que la parte demandada no ha conseguido demostrar que la prohibición total sea la medida que menor interferencia produce con la libertad religiosa de cara a conseguir los objetivos legítimamente propuestos.

Finalmente, si no hay forma de conciliar ambos intereses contrapuestos (y aunque con lo dicho hasta el momento el tribunal entendió que la pretensión de la parte demandada debía decaer) se debe valorar si los potenciales efectos positivos obtenidos con la limitación de un derecho superarían los efectos negativos que ello traería consigo. El tribunal entendió que una prohibición total del *kirpan* no cumpliría esta característica, básicamente porque con ello se transmitiría al alumnado que ciertas prácticas religiosas son merecedoras de protección mientras que otras no. Todo ello basado en la atribución unilateral de significado y en la protección del valor de la seguridad entendida de manera absoluta.

En definitiva, la *ratio* del tribunal supone un respaldo al carácter negociado y posibilista del *acomodo razonable* como instrumento de gestión de la diversidad religiosa por resultar coherente con el rol de la libertad religiosa como derecho fundamental cuya limitación debe estar sometida al escrutinio del principio de proporcionalidad y de *favor libertatis*. Como ya se ha expresado anteriormente, de manera ideal, en la ponderación de la proporcionalidad de la medida limitadora de un derecho fundamental, la libertad religiosa debería tener un peso constante en un lado de la balanza mientras que en el otro lado deberían situarse las circunstancias que concurren en el caso concreto y que dan forma, bien a los derechos y libertades de terceros, al orden público, a la seguridad o a cualquier otra circunstancia que legitime la interferencia con un derecho de tales características. Tal forma de razonar es la que configura el fallo del caso *Multani*, por más que se hayan alzado voces que llaman la atención sobre el aval incondicional que la máxima instancia canadiense otorga con esta sentencia a una supuesta visión absolutista del ejercicio de la libertad religiosa, llevando la obligación de acomodar hasta extremos irracionales[647].

[647] Así lo vio Gaudreault-Desbiens, Jean-François; "Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumiere de la question du port de signes religieux à l'ecole publique : réflexions en forme de points d'interrogation", op. cit. p. 279 : « *La conception originelle de l'accommodement raisonnable reposait pour l'essentiel sur l'idee d'un equilibrage raisonnable des droits et interêts des employeurs et des employés et sur l'atteinte de* win-win situations*. C'est une logique du possible et non de l'absolu qui inspirait cette doctrine…Pourtant, dès le début des années 1990, la Cour Suprême amorçait son virage*

No se puede ignorar, igualmente, el hecho de que la controversia que rodeó a este caso, así como todo el debate posterior a la lectura del fallo, está influido por las diferentes concepciones que conviven en la sociedad quebequesa en torno al principio de laicidad y las cuestiones relacionadas con la gestión de la diversidad religiosa y los derechos de los grupos minoritarios. Valerie Stoker analizó la manera en que el asunto *Multani* y el discurso de la comunidad sij para dar a conocer a la opinión pública su postura acerca del *kirpan* y otros signos distintivos de su fe tuvieron incidencia en la forma de abordar el propio concepto de laicidad en la esfera pública canadiense[648]. Efectivamente, la argumentación del TSC al avalar el pacto alcanzado por las partes y entender que la promoción de la tolerancia y el pluralismo es una obligación de los centros escolares y de la propia sociedad canadiense rechaza tanto un modelo asimilacionista a la hora de gestionar las necesidades de los grupos minoritarios como una concepción del principio de laicidad que anteponga el *freedom from religion* al *freedom of religion*. Tal posicionamiento tuvo una gran repercusión en aquellos sectores de la sociedad quebequesa que optaban por visiones opuestas[649].

3.2.- EEUU. Entre el miedo al *kirpan* y el peso jurídico de la libertad religiosa.

Estados Unidos también había sido testigo de solicitudes para portar el *kirpan* por parte de alumnado en aulas escolares. En el capítulo precedente hemos consignado cómo el progresivo el abandono por parte del TSEUA del llamado *test de Shebert* (hasta llegar a

---

vers une saisie plus absolutiste des droits religieux dans le cadre des demandes d'accommodement raisonnable. Les arrêts Anselem *et* Multani *représentent des points culminants de cette évolution*. »

[648] Stoker, Valerie; "Zero tolerance? Sikh swords, school safety and secularism in Québec" en *Journal of the American Academy of religion*, vol. 75, nº 4, diciembre 2007, pp. 814-839.

[649] El fallo del caso Multani provocó airadas reacciones en contra, así como un intenso debate acerca de la razonabilidad de los acomodos ofrecidos a los grupos minoritarios y los límites que estas demandas podían encontrar. Una voz destacada dentro de quienes veían la política de los acomodos con desconfianza fue Mario Dumont, líder del partido Action démocratique du Québec (ADQ) quien denunció lo que a su juicio era la rendición quebequesa a las minorías mediante acuerdos irracionales. Esta estrategia hizo que su partido lograse un inédito segundo puesto en las elecciones parlamentarias quebequesas de 2007 por delante del Parti Québécoise. Posteriormente, cuando el entonces primer ministro Jean Charest, del partido liberal, apoyó la decisión de un árbitro de fútbol que expulsó a una jugadora por llevar el *hiyab*, se interpretó que estaba cediendo a esta nueva tendencia exitosa entre la opinión pública quebequesa. Scoffield, Heather "Charest backs soccer referee in hijab flap" en *The Globe and Mail*, 27 de febrero de 2007, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/national/charest-backs-soccer-referee-in-hijab-flap/article1070854/ Aquel mismo mes de febrero de 2007 fue también el del anuncio de la convocatoria de la comisión presidida por Bouchard y Taylor. Un análisis de los acontecimientos y debates que se vivieron en aquellos meses se puede encontrar en Côté, Pauline "Québec and reasonable accommodation: uses and misuses of public consultation" en Beaman, Lori G. y Beyer, Peter (eds.) *Religion and diversity in Canada*, Leiden: Brill, 2008, pp. 175-198; Adelman, Howard; "Monoculturalism versus interculturalism in a multicultural world" en Adelman, Howard y Anctil, Pierre (eds.) *Religion, Culture and the State. Reflections on the Bouchard-Taylor report*, Toronto: UIP Publishing, 2011, pp. 37-57.

prescindir del mismo en el caso *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith)* llevó al Congreso a promulgar la RFRA en 1993. Precisamente dos de los casos concernientes al empleo de kirpanes en espacios públicos (uno de ellos en un centro escolar) fueron juzgados a la luz de esta normativa antes de que fuese derogada por motivo de conflicto de competencias por el Tribunal Supremo en *City of Boerne v. Flores, Archibishop of San Antonio* en 1997.

La primera sentencia fue *Cheema v. Thompson*[650], en la que se sustanciaba el caso de tres hermanos (Rajinder, Sukhinder y Jaspreet Cheema) que acudieron a su centro escolar público del Estado de California con el *kirpan*. Los directores del centro alegaron la prohibición de portar armas contenida en los estatutos del centro. De acuerdo a la lógica del *test de Shebert*, que dominaba también la RFRA, recaía en las instituciones públicas la carga de la prueba de demostrar la existencia de un interés público preponderante (*compelling State interest*) digno de protección. El tribunal estimó que así era, pues la seguridad en las aulas constituía indiscutiblemente un bien merecedor de tutela. Sin embargo, no se entendió superado el segundo requisito, esto es, el de la proporcionalidad de la medida limitadora de un derecho fundamental, o empleando la terminología estadounidense, el de los medios menos restrictivos (*least restrictive means*). En este sentido el tribunal consideró que una prohibición total no conciliaba los bienes en juego, puesto que la finalidad buscada (la consecución de un entorno seguro para el alumnado) podía lograrse con otros medios menos lesivos para el bien jurídico afectado en el otro lado de la balanza (la libertad religiosa). Las condiciones para llevar el *kirpan* en el aula[651] fueron en este caso muy parecidas a las contenidas en el acuerdo de la familia Multani.

---

[650] El caso dio lugar a dos sentencias del United States Court of Appeal, Ninth circuit. *Rajinder Singh Cheema, et al. v. Harold H. Thompson, et al.,* 36 F. 3d 1102. La segunda, a consecuencia del recurso planteado por el centro escolar por no estar de acuerdo con el acuerdo que el District Court había impuesto a las partes en defecto de acuerdo entre las mismas *Cheema v. Thompson* 67 F. 3d 883 (1995)

[651] *Cheema v. Thompson*, op. cit. FJ3: *1) the kirpan will be of the type demonstrated to the Board and to the District Court, that is: a dull blade, approximately 3-3 1/2 inches in length with a total length of approximately 6 1/2-7 inches including its sheath;*

2) the kirpan will be sewn tightly to its sheath;

3) the kirpan will be worn on a cloth strap under the children's clothing so that it is not readily visible;

4) a designated official of the District may make reasonable inspections to confirm that the conditions specified about are being adhered to;

5) if any of the conditions specified above are violated, the student's privilege of wearing his or her kirpan may be suspended; and

6) the District will take all reasonable steps to prevent any harassment, intimidation or provocation of the Cheema children by any employee or student in the District and will take appropriate disciplinary action to prevent and redress such action, should it occur.

Llama la atención la reflexión realizada por el Tribunal de Apelación acerca de la concepción del principio de igualdad contenida en la obligación de acomodar, en este caso formulada en la RFRA. El celo del centro escolar por tratar a su alumnado de una manera igualitaria no supone un interés preponderante en la medida en que la igualdad, para ser alcanzada de manera efectiva, precisa en ocasiones de un trato diferenciado.

> *RFRA's purpose is to require accommodation of a variety of religious practices where feasible. The district's concern that it treats all children the same is not a compelling interest because accommodation sometimes requires exactly the opposite: accepting those who are different and recognizing that "fairness" does not always mean everybody must be treated identically.*[652]

Vinay Lal analizó el mencionado caso[653] y estimó que la infructuosa (por no haber quedado demostrada) apelación del centro escolar a la seguridad como causa legítima de prohibición absoluta de uso del *kirpan* tenía más bien que ver con el miedo. Por mucho que el miedo no sea siempre irracional, tampoco significa que por sí mismo sea causa de justificación suficiente para limitar medidas que, desde otros puntos de vista, resultan plenamente justificables. El autor pone ejemplos de ámbitos en los que, por más que los miedos resultasen comprensibles, no justificaban la inacción de las autoridades, especialmente a medida que el conocimiento en la materia aportaba pruebas cada vez más sólidas para superar los temores existentes. Por ejemplo, en el caso de la escolarización de los menores afectados por el virus del VIH (o incluso enfermos de SIDA) en el que los tribunales de justicia tuvieron que alzar su mirada por encima del temor que presidía la reacción de la comunidad escolar para velar igualmente por los derechos del alumnado afectado por la exclusión[654].

A pesar de esta visión permisiva cuando la controversia está protagonizada por alumnado, en un caso anterior en el que se vio envuelto un profesor se avaló la norma general restrictiva con base en la preocupación acerca de la manera en que podían compaginarse los principios constitucionales de libre ejercicio y no establecimiento en la figura del funcionariado de la escuela pública. Un profesor de Oregón convertido al sijismo

[652] *Rajinder Singh Cheema, et al. v. Harold H. Thompson, et al.,* op. cit. § 18.

[653] Lal, Vinay; "Sikh kirpans in California schools: the social construction of symbols, legal pluralism and the politics of diversity" en *Amerasia Journal*, 22:1, 1996, pp. 57-89.

[654] Por citar un caso mencionado por Lal, *Ray v. School district of DeSoto County*, 666 F. Supp. 1524 (M.D. Fla. 1987): "*The Court may not be guided by such community fear, parental pressure and the possibility of lawsuits. These obstacles, real as they may be, cannot be allowed to vitiate the rights (of the excluded students) …"*

comenzó a realizar su labor docente en una escuela pública ataviado con el turbante. En aquella ocasión las consideraciones del Tribunal Supremo de Oregón[655] (posteriormente avaladas por el TSEUA[656]) se centraron en la constitucionalidad de la normativa prohibitiva de aplicación general[657] (la ley estatal que prohibía al profesorado de los centros públicos la exhibición de signos o vestimenta religiosa). Tal mandato se interpretó por la parte demandante como contradictorio con la previsión de la Constitución federal que garantiza la libertad religiosa a todas las personas. En el fallo se argumentó que Cooper al tiempo que ciudadano era también funcionario público y que en virtud de este cargo estaba sujeto a la norma concreta que regulaba su profesión, la cual guardaba coherencia con la también constitucional cláusula de no establecimiento. En esa interacción de principios, la exhibición de simbología religiosa por el profesorado podría entenderse como una adhesión de los poderes públicos a ese credo concreto, motivo por el cual la regulación del Estado de Oregón era plenamente constitucional. La preservación de la neutralidad estatal era el valor a preservar en este caso.

Ya se ha argumentado anteriormente acerca de los problemas que observamos en este razonamiento ya que, bajo este prisma, el acceso al empleo público por parte de aquellas personas que sostienen credos que les imponen el uso de SDAR resulta drásticamente anulado. En cuanto a aquellas personas que ya están ejerciendo esta función, condenarlos a la pérdida de su empleo y la expulsión de la función pública no parece ser compatible con el principio de "*least restrictive alternative available*", salvo que entendamos que el mandato de neutralidad del Estado suponga mantener al alumnado de los centros públicos aislados de la realidad plural que encuentran en su misma sociedad. Precisamente el argumento del empleo de los medios menos restrictivos sí que fue utilizado por el tribunal de Oregón para considerar inconstitucional el segundo de los preceptos cuestionados, esto es, el que establecía como sanción la retirada de la licencia para impartir clases[658].

---

655 *Cooper v. Eugene School District*, 301 Or. 358, 723 P.2d 298

656 480 U.S. 942, 107 S.Ct. 1597, 94 L.Ed.2d 784 (1987)

657 En este caso el Oregon Revised Statute prohibía explícitamente al profesorado el empleo de SDAR: "*No teacher in any public school shall wear any religious dress while engaged in the performance of his duties as a teacher*". Incluso iba más lejos y preveía sanciones en caso de incumplimiento: "*Any teacher violating the provisions (…) shall be suspended from employment by the district school board. The board shall report its actions to the Superintendent of Public Instruction who shall revoke the teacher's teaching certificate*".

658 Un repaso a la evolución de la jurisprudencia estadounidense en relación con la utilización de SDAR por parte del profesorado se puede encontrar en Castro Jover, Adoración; "Libertad de conciencia, laicidad y privacidad" op. cit. pp. 221-237.

3.3.- Reino Unido. Las limitaciones del enfoque racial.

Por más que no haya entrado en juego el concepto de *acomodo razonable*, no está de más mencionar brevemente la experiencia británica. La comunidad sij en el Reino Unido es destacable tanto en términos cuantitativos como en antigüedad. En consecuencia, las demandas de acomodo de sus prácticas religiosas, así como de sus signos y vestimentas acumulan varios casos emblemáticos. El concepto de discriminación indirecta, que hemos analizado en capítulos anteriores, resulta familiar para los sijs británicos. La *Race Relations Act* (RRA) de 1976 ya penalizaba la discriminación en varios campos en su forma directa e introdujo en el ordenamiento británico la figura de la discriminación indirecta. De acuerdo a la lógica del texto legal mencionado, quien invocase haber sido discriminado de manera indirecta debía demostrar ser miembro de un grupo racial determinado y haber sido objeto de un trato desproporcionadamente perjudicial por parte de una normativa aparentemente neutral como consecuencia de su pertenencia al mencionado colectivo. Sin embargo, la *Race Relations Act* no contemplaba la discriminación por motivos religiosos en la medida en que definía el concepto de "grupo racial" con referencia a color, raza, nacionalidad u origen étnico o nacional[659]. A la luz de este criterio la comunidad sij (un colectivo religioso) no podía ser etiquetada como grupo racial. Precisamente la limitación de formular el principio antidiscriminatorio con base en el concepto de grupo racial dejaba fuera del espectro protector del mismo a la discriminación religiosa. Fue en un caso relacionado con nuestro ámbito de estudio en el que esta carencia fue revelada.

En *Mandla v. Dowell Lee*[660] un alumno sij fue inadmitido en una escuela privada hasta que no compareciese sin turbante y se cortase el cabello. La dirección del centro argumentaba que la institución ya contaba con un uniforme propio y que los distintivos propios del origen étnico del alumnado debían quedar fuera del aula. La familia Mandla entendió que esta decisión incurría en una práctica discriminatoria prohibida por la RRA. El tribunal de la Cámara de los Lores entendió que en este caso se daban las características propias de la discriminación indirecta y que debían activarse los mecanismos de protección adecuados. En primer lugar, entendió que el colectivo sij podía entrar en la

[659] Section 3 (1): "*racial group" means a group of persons defined by reference to colour, race, nationality or ethnic or national origins*…

[660] [1983] 2 AC 548

concepción de grupo a efectos de la RRA con base en su origen étnico y a la interpretación que al mismo se le daba, más allá de su componente racial o biológico.

> *I recognise that 'ethnic' conveys a flavour of race but it cannot, in my opinion, have been used in the 1976 Act in a strict racial or biological sense (…) For a group to constitute an ethnic group in the sense of the 1976 Act, it must, in my opinion, regard itself, and be regarded by others, as a distinct community by virtue of certain characteristics. Some of these characteristics are essential others are not essential but one or more of them will commonly be found and will help to distinguish the group from the surrounding community.*[661]

Recuerda Poulter[662] que con la interpretación dada al concepto "étnico" el tribunal reflejó la acepción popular que el concepto tenía, al tiempo que daba cumplimiento al deseo del poder legislativo al aprobar la norma, que no era otro que el de prohibir la discriminación indirecta en el ordenamiento británico. Tal reconocimiento supuso para el colectivo sij la posibilidad de analizar el caso que nos ocupa a la luz del principio de discriminación indirecta.

En este sentido, la regla que prohíbe turbantes en el centro escolar suponía un impedimento que producía un perjuicio a un grupo concreto de personas ya que aunque la retirada física del turbante podría ser posible nunca lo sería con arreglo las normas religiosas que inspiran a esta comunidad. Quedaba en el lado del centro formativo la carga de demostrar la justificación de la medida, de acuerdo a la letra del artículo 1.1 (b) RRA[663]. La dirección aportó una primera batería de argumentos para avalar a justificación

---

[661] Entre las características consideradas esenciales en la definición de grupo étnico están, según el fallo comentado: *(1) a long shared history, of which the group is conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it keeps alive (2) a cultural tradition of its own, including family and social customs and manners, often but not necessarily associated with religious observance. In addition to those two essential characteristics the following characteristics are, in my opinion, relevant: (3) either a common geographical origin, or descent from a small number of common ancestors (4) a common language, not necessarily peculiar to the group (5) a common literature peculiar to the group (6) a common religion different from that of neighbouring groups or from the general community surrounding it (7) being a minority or being an oppressed or a dominant group within a larger community…*

[662] Poulter, Sebastian; *Ethnicity, Law and Human Rights*. op. cit., pp. 304-305.

[663] *Racial discrimination. (1)A person discriminates against another in any circumstances relevant for the purposes of any provision of this Act if (…)*

(b)he applies to that other a requirement or condition which he applies or would apply equally to persons not of the same racial group as that other but—

(i)which is such that the proportion of persons of the same racial group as that other who can comply with it is considerably smaller than the proportion of persons not of that racial group who can comply with it; and

(ii)which he cannot show to be justifiable irrespective of the colour, race, nationality or ethnic or national origins of the person to whom it is applied;

de la medida que pasaban por la eliminación de las diferencias externas relativas a la clase social, evitar la competición inherente al hábito de vestir a la moda o al agravio comparativo que supone exigir unas reglas inflexibles a la mayoría del alumnado mientras que se relajan para unos individuos concretos. Esta primera línea argumental fue juzgada insuficiente para sanar la carga discriminatoria (en forma indirecta) que tenía la normativa escolar. Tampoco encontró amparo en el tribunal la segunda argumentación que se centraba en los esfuerzos que los rectores del centro llevaban a cabo para dirigir un establecimiento de ideario cristiano, pero de creciente alumnado multiétnico y multicultural. Aunque, de manera flemática, el ponente Lord Fraser simpatiza con esta coyuntura, subraya que no puede aceptarla visto que la medida prohibitiva no era ajena al origen étnico del demandante. Lord Templeman añadió que una eventual discriminación no puede justificarse por la creencia de que incurriendo en ella se ofrecería una educación de mejor calidad[664].

En definitiva, la idea que contiene el razonamiento de los magistrados británicos es que, por mucho que el centro escolar sea privado y tenga un ideario propio, resulta difícil justificar una prohibición de un SDAR si éste deriva del credo del alumno y no supone, ni por su naturaleza ni por la intención con que es portado, un desafío a ese ideario. Coincidimos con este enfoque (y así lo defendimos en el capítulo 2) mediante el cual la permisión del SDAR debe ser valorada no por su simple exhibición sino por la ponderación de si, bien por su naturaleza o por la intención con la que es empleado por el alumnado, supone una intromisión o un desafío hacia el ideario propio del centro educativo privado o interfiere con su función docente.

El caso *Mandla* fue mencionado como precedente en el más reciente de *Watkins-Singh v. Alberdale girls' high school*[665] en el que una alumna de credo sij solicitaba poder portar su *kara* o brazalete cuya exhibición estaba prohibida por los estatutos del centro formativo. Jurídicamente la demanda estaba fundamentada en las previsiones de la *Race Relations Act* y en la *Equality Act* (EA), un peculiar camino tuitivo al que las personas sijs pueden tener acceso (a consecuencia del caso antes referido) pero que, por ejemplo, en análogas demandas de utilización de SDAR, como las planteadas por Shabina

[664] *The discrimination cannot be justified by a genuine belief that the school would provide a better system of education if it were allowed to discriminate.*

[665] [2008] EWHC 1865 (Admin)

Begum[666] o Lydia Playfoot[667] no se pudo emprender y debieron ser fundamentadas en la *Human Rights Act* de 1998.

El hecho de que la demandante fuese una joven no iniciada en la *Khalsa* llevó a la dirección del centro a argumentar que para ella portar la *kara* no era una cuestión obligatoria, de acuerdo a la ortodoxia sij. El tribunal, en este caso, profundizó en la vertiente subjetiva de la libertad religiosa al asumir que, aunque la alumna no tuviese un mandato religioso sobre su persona, no por ello se podía negar el carácter religioso tanto de la *kara* como de la acción de portarlo llevada a cabo por la demandante, punto de vista que era mantenido por numerosos integrantes de la comunidad sij[668].

En consecuencia, la *ratio* de la sentencia indaga la posibilidad de que se haya producido un caso de discriminación indirecta, circunstancia prohibida por la RRA, así como por la EA en sus artículos 45(3) en relación con la raza y la religión y 49(1) en lo referente a centros educativos. La dificultad del enfoque adoptado por los tribunales británicos en esta materia proviene de la concepción colectiva de la discriminación indirecta, en la medida en que debe ser un colectivo concreto el que tiene que afrontar una desventaja que no sea soportada por otras personas que no comparten las características de este colectivo. Esa es la razón por la cual ni Begum ni Playfoot pudieron emprender este camino. Como ya quedó explicado en anteriores capítulos, el caso de Nadia Eweida supuso la puesta en cuestión de la perspectiva colectiva de la discriminación indirecta con la inclusión de una posible dimensión individual en la misma. El hecho de que desde el caso *Mandla* los sijs tuviesen reconocido su carácter como grupo racial en razón de su origen étnico supuso que el tribunal no encontrase problemas en reconocer abiertas para la demandante las puertas tanto de la RRA como de la EA. Resulta, sin duda, una curiosa *gatera* jurídica la abierta para los fieles de esta religión, lo cual es representativo de la percepción histórica y postcolonial que la sociedad británica tiene de este colectivo, y que lo diferencia de los fieles de otros credos religiosos, bien cristianos (Playfoot, Eweida) o musulmanes (Begum).

La norma escolar prohibiendo la exhibición de objetos calificados como "joyería" sería la medida que provocó la interferencia con la libertad religiosa de la demandante. Resulta

[666] *Begum c. Denbigh High School,* op. cit.
[667] *Playfoot c. Millais School,* op. cit.
[668] Ibíd.§ 29.

interesante la reflexión del tribunal acerca de la manera en que se determina la desventaja o detrimento producido en una persona. Tradicionalmente esta circunstancia se ha valorado estableciendo una comparación con terceros. En este caso se definen dos criterios atendiendo a las peculiaridades de los hechos. Por un lado, que la persona interesada crea de manera genuina que portar el elemento en cuestión resulta de excepcional importancia para su creencia religiosa o para su identidad étnica. En segundo lugar, que se demuestre que la exhibición o empleo de ese signo sea de extraordinaria importancia para la religión o la identidad étnica de la persona demandante, aunque no sea necesariamente un requerimiento específico o dogmático de esa raza o esa religión. El primer requisito ostenta una importante carga subjetiva mientras que el segundo pretende cubrir un ámbito más objetivo[669].

Ahora bien, es la expresión "extraordinaria importancia" la que ofrece la clave para entender si el SDAR (en este caso la *kara* que pretendía vestir la demandante) es merecedor de tutela jurídica. Fue la sentencia *R (Williamson and others) v Secretary of State for Education*[670] la que ofreció un criterio basado principalmente en la genuina creencia de la parte demandante, es decir apoyada en su subjetividad, ante la evidencia de que los tribunales no pueden erigirse en árbitros ni intérpretes de esta materia.

> *"…emphatically it is not for the court to embark on an inquiry into the asserted belief and judges its "validity" by some objective standard such as the source material upon which the claimant founds his belief or the orthodox teaching of the religion in question or the extent to which the claimant's belief conforms to or differs from the views of other professing the same religion…the relevance of objective factors such as source material is, at most, that they may throw light on whether the professed belief is genuinely held".*[671]

Resuelta la naturaleza religiosa de la *kara* empleando un razonamiento tuitivo con la subjetividad de la persona creyente similar al utilizado por los tribunales norteamericanos, a pesar de las dudas proyectadas por la parte demandada, el siguiente paso consistió en comprobar el test de objetividad que impone la justificación de una medida que provoca discriminación indirecta, adverando la justificación o necesidad y la proporcionalidad de la medida empleada. El primer paso, esto es, la justificación de la necesidad de la norma escolar parece estar fuera de la discusión puesto que el centro está legitimado para escoger

[669] Ibíd.§ 56.
[670] [2005] UKHL 15
[671] Ibíd, §22

un criterio estético amparado en una finalidad didáctica (uniformidad de la vestimenta en el centro escolar con prohibición de portar joyas u otros elementos análogos). La clave de la discusión estará en el segundo elemento del test, esto es la ponderación, por un lado, de los efectos adversos que trae consigo la medida y, por otro, la necesidad razonable (esto es, el objetivo) que descansa tras la adopción de tal medida.

> *"…the objective of the measure in question must correspond to a real need and the means used must be appropriate with a view to achieving the objective and be necessary to that end. So it is necessary to weigh the need against the seriousness of the detriment to the disadvantaged group. It is not enough that [the party discriminating] could reasonably consider the means chosen as suitable for attaining that aim".*[672]

Ya se hizo mención en el capítulo 2 al criterio tripartito que se defendía en este trabajo como óptimo a la hora de ponderar la proporcionalidad de las medidas limitadoras adoptadas y que coincide con el enfoque asumido, con mayor o menor intensidad, en las sentencias comentadas en este capítulo: la adecuación de la limitación a los fines propuestos y a las medidas empleadas para ello, la necesidad de la intromisión teniendo en cuenta si la medida objeto de análisis ha cumplido el objetivo propuesto y si había medidas menos gravosas para alcanzar el mismo fin y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto en la que habría que atender a los efectos de la medida limitadora y si los beneficios logrados con la limitación han superado a los perjuicios que ha soportado la parte afectada.

La parte más discutible del fallo nos parece la apelación realizada a los casos de *Shabina Begum*, el de *X v. Y School*[673] (referente al *niqab*) o el de *Playfoot*, en los que las demandas tuvieron que seguir una argumentación jurídica diferente. Además, se propone como elemento diferenciador entre ambos el hecho de que la *kara* no es un signo ostentoso y por ello su acomodo resulta más adecuado que el de prendas como el *niqab* o el *jilbab* de Begum. No nos parece, por lo ya comentado, que la simple apelación a la longitud, visibilidad o carácter ostentoso de las prendas o símbolos sea el argumento determinante al definir el ámbito legítimo para su limitación o aceptación. Menos aún de una manera descontextualizada de los elementos que resultan determinantes en aquellos casos.

---

[672] *R (Elias) v Secretary of State for Defence* [2006] 1WLR 3213; mencionado en *Watkins-Singh v. Alberdale girls' high school,* op. cit. §74.

[673] *R (on the application of X) v Head Teacher and Governors of Y School*, [2008] 2 All E.R. 249

En consecuencia, el tribunal entendió que el hecho de que el centro escolar no permitiese acudir al mismo a la demandante con su *kara* fue constitutivo de discriminación indirecta. Sin embargo, como ya ha quedado dicho, la mera apelación a la importancia del SDAR para la cultura y el grupo étnico de la demandante nos parece que tiene que ver más con la percepción del colectivo sij en la sociedad británica y, eventualmente, con su (mala) conciencia postcolonial que con un criterio tuitivo con la libertad religiosa aplicable a diferentes minorías religiosas o credos que pueden encontrar difícil encaje en el *mainstream* británico. Por su parte la apelación a la naturaleza discreta y desapercibida de la *kara* resulta, por descontextualizada y reduccionista, poco fundamentada al ser comparada con otros fallos de los tribunales británicos que afectaron a prendas o símbolos de diferente condición.

4.- El ámbito laboral: Los símbolos religiosos enfrentados a los requerimientos profesionales.

En el anterior capítulo hemos analizado la zona de fricción que se produce entre el dinámico mercado laboral norteamericano y la manifestación de afinidades religiosas por parte de las personas empleadas. Ahora nos centraremos en varios casos en los que los SDAR interfieren con la operativa del puesto de trabajo. Diferenciaremos las situaciones en que esa interferencia se produce con aquellos requisitos establecidos para dar cumplimiento a estándares de seguridad y salud laboral, de los sucesos en que la incompatibilidad se muestre con criterios comerciales o corporativos que obedecen a reforzar la buena marcha del negocio o a responder a las preferencias de la clientela.

4.1.- Los requisitos profesionales impuestos de buena fe.

De manera contemporánea al comentado caso *O'Malley v. Simpson Sears*, el TSC tuvo que pronunciarse en el caso de *Bhinder vs. Canadian National Railway*[674] en el que también se sustanció una controversia en la que era preciso determinar si una práctica religiosa podía ser merecedora de acomodo una vez estimado que la práctica laboral que la prohibía provocaba una discriminación indirecta en la parte demandante. Se trata del primer caso relativo a un signo de adscripción religiosa sij que llegó al Tribunal Supremo de Canadá.

[674] (1985) 2 SCR 561

K.S. Bhinder trabajaba como electricista en la *Canadian National Railway Company* (CNRC). En diciembre de 1978 la empresa comunicó a su fuerza de trabajo que debían vestir un casco rígido durante su desempeño profesional como medida de prevención de riesgos laborales. El señor Bhinder rechazó tal medida ya que según el credo sij que profesa su cabeza cabello debe estar protegido solamente por un turbante.

A diferencia del caso *O'Malley*, al ser la empresa empleadora un organismo público federal, la legislación aplicable en materia de protección de derechos humanos es la *Canadian Human Rights Act* (CHRA), ley del parlamento canadiense que prohíbe la discriminación laboral en aquellas actividades de regulación federal. La cuestión que está en el núcleo de la resolución de esta controversia, y que generó un interesante debate entre los miembros del tribunal, fue la naturaleza y alcance de un término que ya se ha mencionado en el tema 2, "requisito profesional de buena fe" (–RPBF– *Bona Fide Occupational Requirement*). La tensión existente entre la libertad religiosa y la libertad de empresa encuentra eventualmente un punto de resolución cuando se produce una ponderación de los intereses en juego y se determina que la norma potencialmente discriminatoria obedece a una necesidad imperiosa de la práctica profesional. En este sentido la CNRC esgrimió que la norma que imponía el uso obligatorio de un casco rígido estaba pensada en beneficio de la fuerza de trabajo y en cumplimiento de los estándares preceptivos de seguridad y salud laboral, de manera que su cumplimiento era ineludible para el correcto y seguro desempeño del puesto de trabajo de electricista. De la misma forma, el demandante K.S. Bhinder no estaba preparado para ejercer en otro puesto diferente del de electricista y tampoco había en aquel momento puestos de trabajo disponibles como electricistas en el que no fuese requerido el uso del casco rígido[675]. El trabajador fue cesado y éste alegó una práctica discriminatoria por parte de la empresa.

La prohibición de la discriminación en el puesto de trabajo se encuentra formulada en los artículos 7 y 10 de la CHRA, pero encuentra una excepción en el artículo 14 en el cual se excluyen aquellos requisitos impuestos por la parte empleadora de buena fe.

> *14. It is not a discriminatory practice if*

[675] (1985) 2 SCR 561, § 33.

> *(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a bona fide occupational requirement.*

Ninguna de las partes puso en cuestión que se estuviese en presencia de un caso de discriminación *prima facie*. En este punto se generó una diferente interpretación entre los miembros del tribunal en relación con el alcance y las consecuencias del concepto jurídico indeterminado que es el RPBF. Su definición fue aportada por el propio TSC en la sentencia del caso *Etobicoke*[676].

> *A bona fide occupational qualification must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that it is imposed in the interests of adequate performance of the work involved with reasonable dispatch, safety and economy and not for ulterior or extraneous reasons that could defeat the Code's purpose. The qualification must be objectively related to the employment concerned, ensuring its efficient and economical performance without endangering the employee or others.*

La cuestión a resolver residía, por un lado, en saber en torno a qué elementos había que articular la identificación de un RPBF y, por otro lado, si una vez identificado éste decaía inmediatamente la causa de discriminación y la posible obligación de acomodar. La mayoría del tribunal entendió que, por su propia definición, el requisito profesional debía ser identificado con arreglo a causas objetivas relacionadas con el puesto de trabajo. De manera interesante los jueces discrepantes Lamer y Dickson (éste último presidente del TSC en aquel momento) entendieron que un concepto jurídico indeterminado cuyo significado podía tener importancia en el ejercicio de derechos fundamentales debía tener un alcance restringido o, por decirlo de otra manera, no se le debía otorgar un significado amplio ante el riesgo de que llegase a vaciar de contenido el precepto tutelador de las libertades individuales. Por este motivo proponían una doble garantía a la hora de afrontar este concepto.

En primer lugar, la referencia a "requisito profesional", que debía tener un contenido objetivo y relacionado con el desempeño del puesto de trabajo y, en segundo lugar, la referencia a "buena fe" debían confrontar la norma eventualmente discriminatoria con las características de la persona afectada. De esta forma una vez probado que la norma impugnada es un requisito profesional, en un segundo paso habría que adverar que tal

[676] *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202

norma es razonablemente necesaria para la parte empleadora de forma que su imposición resulte justificada.

Tal planteamiento no carece de sentido, toda vez que la identificación de la existencia de un RPBF con base en requisitos objetivos del puesto de trabajo llevaría a la aplicación del artículo 14 CHRA y a la paralización del test que ponderase la obligación de acomodar en relación con la carga excesiva soportada por el empleador. Esa última era la pretensión de la parte demandada y esa fue, de hecho, la decisión tomada por la mayoría del tribunal. Surge entonces la pregunta acerca de cuál es la diferencia básica que existía entre este caso y el ya comentado de la señora O'Malley ya que parecería que en *Bhinder* la obligación de acomodar por parte de la empresa empleadora debería haber sido tenida en cuenta. En esta tesitura el tribunal argumenta que es la legislación aplicable la que establece la diferencia entre ambos casos, pues en el de *O'Malley* no existía previsión alguna en torno a un RPBF (ni en el *Ontario Human Rights Code*, ni en la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*), mientras que en la *Canadian Human Rights Act* sí que se prevé tal condición en su artículo 14.

Parece que hay una necesidad de definir mejor el marco jurídico aplicable en estos casos. Aunque es cierto que el tenor literal del artículo 14 no deja dudas en torno al hecho de que, una vez determinada la existencia de un RPBF, decae la pretensión sobre el carácter discriminatorio de la norma impugnada, no es menos cierto que resulta necesario que la legislación laboral sea coherente con la legislación tuitiva de los derechos humanos (unos de los ejes de la argumentación sostenida en *O'Malley*) y que la fórmula empleada por la CHRA no debería excluir la posibilidad de un mayor escrutinio a la norma potencialmente discriminatoria. La propuesta del *Chief Justice* Dickson tenía la virtud de ir en este sentido al tener en cuenta el impacto discriminatorio que el requisito profesional tiene en el individuo. Para ello el test relativo a la *carga excesiva* contenido en la obligación de acomodar seguiría vigente. Por lo tanto, cabría preguntarse, en ese segundo nivel de análisis propuesto por los jueces discrepantes, si la empresa empleadora estaba sujeta a carga excesiva alguna. El tribunal que conoció este caso en primera instancia determinó que no había tal carga puesto que la política de seguridad y salud laboral de la empresa no se vería menoscabada por la excepción realizada con el señor Bhinder, ni el resto de personas empleadas por la empresa ni el público en general se verían afectados adversamente por el acomodo realizado. El señor Bhinder era capaz de desempeñar su puesto de manera efectiva sin el casco, el riesgo de lesión que asumía el señor Bhinder

por no llevar el caso se incrementaba de manera marginal en su puesto de trabajo y tampoco había una escasez de electricistas en la compañía que pudiesen poner en riesgo la ejecución de los trabajos adjudicados a los mismos.

El caso *Bhinder* muestra una contradicción en la legislación canadiense, en la que los principios que inspiran el razonamiento adoptado en O'Malley pueden quedar vacíos de contenido por la previsión contenida acerca de los RPBF. La mayoría del tribunal es consciente de esta situación existente en la CHRA mediante la cual el reconocimiento de una situación de RPBF cierra el camino a la obligación de acomodar.

Otra de las referencias, ya comentadas, para este caso se encuentra en la normativa británica *Motor-Cycle Crash Helmet (Religious exemption) Act* de 1976, que exime a las personas de fe sij de llevar el casco al conducir una motocicleta[677]. Una iniciativa similar en Canadá le corresponde al poder legislativo en exclusiva, de ahí que el TSC se limite, al final de este fallo, a desear que se implante una medida homóloga a la británica en el ordenamiento canadiense, a la vista de las dificultades que plantea el marco jurídico vigente[678]. A pesar de este llamamiento del TSC no somos partidarios de implementar soluciones de este tipo sino de perfeccionar el análisis de los elementos de la obligación de acomodar. Es verdad, no obstante, que en el Reino Unido el colectivo sij está facultado para llevar el turbante gracias a la exención introducida en su favor en tres leyes relevantes: la mencionada *Road Traffic Act*, de 1988, *Employment act*, de1989 y *Criminal Justice Act* de1988. De cualquier manera, las exenciones provocan que, ante cualquier lesión que quien viste el turbante pudiera producirse, las consecuencias correrían por su cuenta sin que quedase incluido en las cláusulas de protección pública articuladas por la

[677] Su único artículo establece que la obligación de llevar un caso al conducir una motocicleta establecida en la Road Traffic Act de 1972 "*shall not aply to any follower of the sikh religión while he is wearing a turban*".

[678] Algunos años más tarde se planteó este mismo dilema en Canadá. Un ciudadano sij, vecino de la Columbia Británica estimó que la obligación de quitarse el turbante para vestir un casco al hacer el examen de conducir para poder guiar una motocicleta contradecía lo indicado en la legislación de derechos humanos de la provincia puesto que el gobierno de la misma debía haber atendido su petición de acomodo hasta el límite de la carga excesiva. Así lo entendió también el Tribunal de Derechos humanos de la Columbia Británica en *Dhillon v. British Columbia (Ministry of Transportation and Highways, Motor Vehicle Branch), [1999] B.C.H.R.T.D. No. 25 (QL).* La discriminación producida por la obligación de llevar el caso a pesar de la obligación religiosa de portar el turbante no estaba justificada por el incremento del riesgo que recaía en el piloto o en sus costes médicos. El tribunal entendió que ese incremento del riesgo por no llevar el casco recaía exclusivamente en el demandante. Se entiende con este fallo que el concepto de seguridad pública afecta al individuo interesado y no afecta a terceros. Sin embargo, en 2008 un tribunal de la provincia de Ontario estimó en *R v. Badesha*, 2008 ONCJ 94 que la necesidad de las autoridades públicas por mantener unos estándares razonables de seguridad obtenía mayor peso en la ponderación de los bienes jurídicos en juego que el derecho del piloto sij en llevar el turbante.

misma norma. Nos parece que el camino del acomodo razonable, aunque más complejo y largo, es más coherente con la concepción de la libertad religiosa que defendemos en este trabajo.

La sentencia *Bhinder* tuvo efectos en relación con el *acomodo razonable*, aunque no fueron los de la promulgación de una ley eximente al estilo de la británica. Las dudas que generó el pronunciamiento llevaron a la Comisión Canadiense de Derechos Humanos[679] a enviar un informe[680] al parlamento canadiense en el que se daba cuenta de las dificultades que el enfoque adoptado en *Bhinder* traería consigo en las quejas que la propia Comisión estaba tramitando en aquel momento y que pretendían discutir el eventual alcance discriminatorio que ciertas normas laborales tenían en colectivos como mujeres embarazadas, personas discapacitadas o minorías religiosas.

El reconocimiento para el señor Bhinder, aunque tardío e ineficaz para sus intereses, llegó en el fallo del caso *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*[681] en la que la magistrada ponente Wilson (que en la sentencia Bhinder había votado con la mayoría) reconoció que era necesario replantearse el método empleado en aquella ocasión. El nuevo enfoque adoptado en esta ocasión por el TSC no desautorizaba la definición de RPBF descrita en *Etobicoke* ni aceptaba la propuesta de Dickson y Lamer que pretendían incluir la obligación de acomodar dentro del test de los RPBF. La novedad reside en que el tribunal entiende que erró al considerar la obligación de llevar un casco rígido como un requisito profesional de buena fe. Para ello se basa en las consideraciones expuestas por el tribunal de primera instancia con base en las pruebas recabadas durante el juicio y que fueron empleadas por los jueces disidentes en su argumentación. En consecuencia, si no se incrementaba el peligro ni para sus compañeros ni para terceros ni había menoscabo de la seguridad de la empresa ni del desempeño profesional de Bhinder, no había razón para justificar la calificación de RPBF que alcanzó el tribunal.

En segundo lugar, se recupera la distinción entre discriminación directa y discriminación indirecta o *adverse effect discrimination*. Se puede entender que la obligación calificada como RPBF haga decaer la pretensión de discriminación directa, pero la indirecta debe

[679] *Canadian Human Rights Commission*

[680] *The effects of the Bhinder decisión on the Canadian Human Rights Commission: a special report to Parliament* (Febrero de 1986).

[681] [1990] 2 S.C.R. 489

ser sometida a un escrutinio mayor. La respuesta correcta podría ser la de avalar la norma laboral, pero discernir si la empresa empleadora pudo haber acomodado a la persona adversamente afectada por la norma sin incurrir en *carga excesiva*.

Como hemos visto en el capítulo anterior, fue en el caso *Meiorin*[682] nueve años después en el que el TSC ofreció un marco de análisis y decisión unificado de las pretensiones de acomodo para superar las dudas que precisamente el caso *Bhinder* había sacado a la luz y que en *Central Alberta Dairy Pool* se habían comenzado a solucionar. En el caso de que la pretensión del señor Bhinder hubiese sido valorada de acuerdo al test establecido en *Meiorin*, posiblemente hubiese sido tenida en cuenta.

A continuación, veremos otras situaciones en las que, por estar las personas manejando productos o en contacto con gases que objetivamente son dañinos para su salud y la de terceras personas, están sometidas a requerimientos profesionales cuya catalogación está fuera de toda duda.

4.1.1.- Puestos de trabajo específicos y expuestos a un riesgo objetivo.

Cuando los requisitos profesionales están ligados a puestos de trabajo en los que se está en contacto con sustancias tóxicas o inflamables, el test de proporcionalidad inherente al concepto de *carga excesiva* que se encuentra en las demandas de acomodo ofrece mayor margen de maniobra a las políticas de preservación de la seguridad y la salud laboral que las empresas deben implementar para proteger a su fuerza de trabajo. Así ocurrió en los casos de *Bhatia v. Chevron*[683] en Estados Unidos y en *Pannu v. Skeena Cellulose*[684] en Canadá. En ambos casos los operarios sijs que presentaron solicitudes de acomodo religioso estaban expuestos (o podían estarlo) a gases o productos tóxicos. Las empresas empleadoras estaban obligadas por las normativas laborales de los organismos supervisores en la materia (*California's Occupational Safety and Health Administration* en el primer caso y el *Worker's Compensation Board*, en el segundo) a imponer el uso de respiradores. Tales aparatos podían ver reducida su eficacia en caso de que quien lo portase tuviese abundante vello facial. Era el caso de los demandantes, que respondieron

[682] *British Columbia (Public service employee relations commission) v. B.C.G.S.E.U.* op. cit.
[683] 734 F2d. 1382. *United States Court of Appeal, Ninth Circuit.*
[684] 2000 BCHRT 56. *British Columbia Human Rights Tribunal*.

negativamente a los requerimientos de las empresas para que se afeitasen ya que entendían que su barba era un mandato derivado de buena fe de su creencia religiosa.

En el caso de *Bhatia*, la empresa ofreció al trabajador varios puestos diferentes al que desempeñaba habitualmente (maquinista) y que no requerían el uso de máscaras o respiradores ya que no estaban en contacto con gases tóxicos (puestos de oficina como el de conserje) y que estaban remunerados en una escala salarial inferior. Siguiendo el criterio empleado por el TSEUA en *Hardison* y *Philbrook*, el tribunal de apelación entendió que la oferta de acomodo hecha por la empresa cumplía plenamente los requisitos necesarios ya que cualquier ofrecimiento que supusiese un coste mayor que el *de minimis* ya era una *carga excesiva*. En consecuencia, por ejemplo, no se cuestionó la posibilidad de que hubiera algún puesto como maquinista que no estuviese expuesto a la presencia de gases tóxicos. Incluso, si existiese, ello obligaría a reajustar el calendario de asignación de turnos entre la fuerza de trabajo y ello ya supondría para la empresa incurrir en un coste excesivo y, por tanto, no exigido por la interpretación que del Título VII de la LDC hizo del TSEUA[685].

En el caso *Pannu*, el tribunal de Derechos Humanos de la Columbia Británica empleó los criterios derivados de las sentencias de *Grismer* y de *Meiorin*. Por ello utiliza una metodología más exhaustiva que en el fallo estadounidense. En primer lugar, establece, con arreglo a los criterios ya expuestos en este capítulo, que el requisito del respirador en el puesto de trabajo del señor Pannu es un RPBF. Ahora bien, teniendo en cuenta que el riesgo de exposición a gases tóxicos en este caso es potencial y no lo es de manera habitual, el tribunal se toma la molestia de examinar los protocolos de emergencia de la empresa para determinar si podría existir la posibilidad de realizar de otra manera o bien con otros medios humanos la labor que se exigiría del demandante en caso de ocurrir una incidencia que expusiese a los operarios de la fábrica a los gases venenosos.

El tribunal estimó que el objetivo del protocolo de emergencia es el de minimizar los daños en el menor tiempo posible. En este sentido, eximir al señor Pannu de su rol en este protocolo a fin de que su lugar fuese ocupado por otros operarios con su mismo nivel de conocimiento resultaba incompatible con los objetivos mencionados. Un cambio de tal

[685] Similares argumentos se emplearon en el caso *Kalsi v. New York City Transit Authority*, 62 F. Supp.2d 745 (1998) para negar la petición de acomodo de un mecánico sij que solicitaba ser eximido de la obligación de llevar caso durante el desempeño de su trabajo.

magnitud provocado por la exención pedida por el demandante, significaría una variación sustancial de la operativa prevista en caso de emergencia, de forma que entraría dentro de los presupuestos que según el TSC entiende como constitutivos de una *carga excesiva*. Principalmente tangibles en costes financieros (entrenamiento de las personas que ocuparían, según los turnos, el lugar del señor Pannu en la operativa de emergencia) así como costes materializables en el riesgo de que la operativa se complicase y en consecuencia se incrementase la magnitud del riesgo general a soportar por el colectivo de personas que se encontrasen en la fábrica en ese momento, en la medida en que el acomodo solicitado se traduciría en una sustancial desviación de los objetivos y la eficacia del procedimiento.

Desde nuestro punto de vista, el pronunciamiento canadiense ofrece una ponderación de los intereses en juego de la que la sentencia estadounidense del caso *Bhatia* carece. De manera que, aunque ambos fallos limitan el empleo de prendas de adscripción religiosa basándose en la preservación de los protocolos de salud y seguridad laboral imperantes en el puesto de trabajo, la decisión del tribunal canadiense no especula con las posibilidades de riesgo existentes en la petición de la parte demandante, sino que evalúa de manera concreta y con base en pruebas aportadas la magnitud del riesgo existente. La limitación introducida por el TSEUA en el concepto de *carga excesiva* y el exiguo margen otorgado a la obligación de acomodar por la parte empleadora hacen que el análisis emprendido por el tribunal estadounidense se quede en aspectos meramente especulativos.

Llama la atención que en sedes no propiamente jurisdiccionales los criterios, liberados de los condicionantes explicitados por el TSEUA, propician un análisis más ponderado de los criterios de seguridad que pueden llevar a la limitación de un signo dinámico de adscripción religiosa. Es el caso de *Jaggi v. Police Department*[686], visto por la *Comisión de Derechos Humanos de la ciudad de Nueva York*. Los motivos, relacionados con aspectos de la seguridad pública, esgrimidos por el Departamento de Policía de Nueva York tenían que ver, en primer lugar, con el hecho de que el agente Jaggi no podría ser reconocido como miembro del cuerpo policial a consecuencia del turbante que vestía. Este reparo fue considerado como especulativo por la Comisión de Derechos Humanos en la medida en que el demandante tenía la obligación de ir vestido con el resto del

[686] OATH Index No. 1498/03 (Apr. 28, 2004), aff'd, Comm'n Dec. (June 29, 2004)

uniforme oficial de cuello hacia abajo. El segundo motivo de rechazo esgrimido por la dirección del cuerpo policial para el acomodo de la prenda del agente tenía que ver con la presunta incapacidad del señor Jaggi en deshacerse del turbante para colocarse correctamente una máscara antigás en caso de emergencia. El testimonio del agente implicado, en cualquier caso, era claro en el sentido en que no tendría inconveniente, llegado el caso, en desprenderse del turbante para emplear la máscara. Tampoco se entendió acreditado el argumento empleado por la parte demandada que insistía en la pérdida de eficacia de la máscara cuando la persona usuaria tiene vello facial[687]. En el análisis del tribunal administrativo, la falta de pruebas que avalasen los reparos del cuerpo policial conducía, en el análisis de la proporcionalidad de la medida, a que prevaleciera el principio de *favor libertatis* y, en consecuencia, la posibilidad de compatibilizar el desempeño profesional con la vestimenta de la prenda religiosa, incluso en un ámbito tan sensible como el de la seguridad pública y las fuerzas de seguridad del Estado.

4.2.- Requisitos profesionales derivados de las políticas de empresa.

Los requisitos profesionales derivados de la existencia de una política de empresa que impone la vestimenta de un particular uniforme o bien la exhibición de una estética determinada por entender que conecta así con las preferencias de la clientela han chocado en ocasiones con la apariencia de personas de fe sij en Estados Unidos. La incógnita reside en saber si esa política empresarial puede ser objeto de acomodo toda vez que la discusión no se centra en aspectos relativos a la seguridad sino a la operativa de la empresa en cuestiones que tienen que ver con la apariencia, la imagen corporativa o las preferencias de la clientela que podría sentirse incómoda (y en consecuencia dejar de acudir al establecimiento comercial), con la pérdida económica que ello puede suponer para el negocio.

Ese fue precisamente el argumento empleado por la empresa *Sambo's of Georgia, Inc*. la cual sostuvo que desde su fundación mantenía una política de uniformidad en el vestir,

[687] El Departamento de Policía de la ciudad de Nueva York no recurrió el fallo y, curiosamente, sus efectos beneficiaron no sólo al señor Jaggi sino también a otro agente sij, el señor Rathour, que había recurrido a los tribunales de justicia por la prohibición del mismo cuerpo policial a permitirle vestir el turbante mientras estaba de servicio. A consecuencia de la prohibición, Jaggi había renunciado a su puesto mientras que Rathour había sido expulsado. El primero encontró trabajo en la administración de un motel mientras que el segundo fue empleado en FedEx en el aeropuerto JFK. Ambos fueron readmitidos toda vez que el cuerpo decidió acomodar el uniforme policial para que pudiesen emplear el turbante. Barron, James; "Two Sikhs win back Jobs lost by wearing turbans", en *The New York Times*, 29 de julio de 2004, disponible en http://www.nytimes.com/2004/07/29/nyregion/two-sikhs-win-back-jobs-lost-by-wearing-turbans.html

así como en la apariencia física en los más de 1100 restaurantes que poseía en todo el país[688]. De acuerdo a esta política, los gestores de los restaurantes tenían prohibido llevar barba, bigote o tener la cabeza cubierta. Cuando el demandante, el señor Tucker, explicó en la entrevista de trabajo que no le era permitido, como consecuencia de su adherencia a los preceptos de la fe sij, afeitar su barba, se le comunicó que no se realizarían excepciones a la norma y que en consecuencia su candidatura no sería tenida en cuenta.

Frente a la pretensión del señor Tucker de haber sido discriminado por motivos religiosos, *Sambo*'s contrargumentó que la norma laboral que se había impuesto nacía de la convicción sincera de que en el sector de la restauración la percepción que los consumidores tenían de un gerente de negocio con barba provocaba desconfianza y acarreaba prejuicios acerca de la higiene del establecimiento. De ahí que la empresa demandada impusiera ese estándar, al igual que lo habían hecho otras empresas de catering del sector. La incidencia que una mancha en la imagen pública de *Sambo's* pudiera tener en la operativa comercial de la marca (traducida en la confianza de los consumidores y la preocupación por la higiene) convencieron al Tribunal Federal de Georgia que conoció el caso. Además, recurriendo al criterio *de minimis* con el que en EEUU está configurada la carga excesiva en la parte empleadora, entendió que a *Sambo's* no se le podía exigir más, ya que simplemente cumplía con las necesidades del negocio y las exigencias del sector. El requisito impuesto por la empresa fue considerado un requerimiento profesional impuesto de buena fe, configurando así la defensa del principio del *business necessity* y el rechazo a la teoría del impacto discriminatorio en este caso particular, como recuerda Adoración Castro en su análisis de este pronunciamiento[689].

Estimamos que este enfoque tiene varias implicaciones que no fueron tenidas en cuenta por el tribunal. La primera es que, en su rechazo a la alegación de ser éste un caso de discriminación laboral, no tiene en cuenta que, según los hechos probados, el demandante ya estaba trabajando en un establecimiento gastronómico competencia de la empresa demandada (*Pizza Hut*) sin que constase la aparición de ninguno de los problemas que la sentencia adjudica a la estética del trabajador. Por otro lado, teniendo en cuenta que la apariencia del señor Tucker no era producto de su gusto personal sino de las exigencias de un credo religioso, parece que todos los reproches comerciales que se le adjudican a

[688] *EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc*. 530 F. Supp. 86 (1981)

[689] Castro Jover, Adoración *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*, op. cit, pp. 168-169.

este individuo le deben ser adjudicados al colectivo del que forma parte[690]. De ahí se puede deducir (aunque la sentencia lo quiera desmentir) que el acomodo de trabajadores de fe sij en el sector de la restauración deterioraría la imagen de las empresas y supondría un menoscabo de los estándares sanitarios de las mismas[691]. El hecho de que el fallo del caso *Sambo's* hiciera énfasis en la relevancia de las preferencias de la clientela acerca de la apariencia del personal del negocio, hizo que en la práctica surgiesen ejemplos de empresas que juzgaron inconveniente no sólo la barba, sino el mismo turbante sij que resultaba ser un elemento generador de ansiedad, más aún tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos[692].

El cambio de tendencia (no sólo jurisprudencial sino también social) se pudo apreciar casi tres lustros después en un caso muy similar, *Kohli v. LOOC*[693]. Prabhjot S. Kohli presentó su candidatura para un puesto de gestión en un establecimiento de *Domino's Pizza* en Baltimore. Cuando en la entrevista de trabajo expuso las obligaciones que su fe le imponía

[690] Singh, Rajdeep; "Sikh Americans, popular constitutionalism and religious liberty" en Hertzke, A.D. (ed.) *Religious freedom in America. Constitutional roots and contemporary challenges*. Norman: University of Oklahoma Press, 2015, pp. 192-223.

[691] En Reino Unido también encontramos varios casos en los que los requisitos religiosos de los varones sij chocaban con los requerimientos profesionales del sector de la industria alimentaria. En este país fue el requisito de la higiene el que puso en duda la conveniencia de contratar o no a los candidatos sijs, frente al mandato de prohibición de la discriminación contenido en la *Race Relations Act* de 1976 y que, como hemos visto, era aplicado a este colectivo en tanto que grupo étnico-religioso. En los casos de *Singh v. Rowntree Mackintosh Ltd.* [1979] ICR 554; *Panesar v. Nestle Co Ltd* [1980] ICR 144; *Kuldip Singh v. British Rail Engineering Ltd* [1986] ICR 24, se dio preferencia a los requerimientos profesionales del puesto de trabajo en beneficio de la higiene imprescindible en la industria alimentaria puesta en peligro por el abundante vello facial, en los dos primeros casos, y de la seguridad y salud laboral por no vestir un casco rígido en el tercer caso. No fue hasta la formulación del test de necesidad objetiva al establecer si una medida laboral es discriminatoria o no en, entre otras sentencias, en *Hampson v Department of Education and Science* [1989] ICR 179, *"…it requires an objective balance between the discriminatory effect of the condition and the reasonable needs of the party who applies the condition…. the employer had to show a real need on the part of the undertaking, objectively justified*", cuando los criterios fueron modificados. Como apunta Poulter, Sebastian; *Ethnicity, Law and Human Rights, op. cit.* pp. 308-313, si se hubiesen alegado los criterios de la necesidad objetiva, posiblemente las pretensiones de obtener un acomodo a partir del reconocimiento de una situación de discriminación indirecta, en los tres casos mencionados, habría podido salir triunfante.

[692] Así lo analizan Gohil, Neha S. y Sidhu, Dawinder S.; "The Sikh turban: post 9/11 challenges to this article of faith" en *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 9.2, spring 2008, p. 33. Estos autores se hacen eco de un caso, ocurrido en la provincia canadiense de Alberta, en el que un franquiciado sij de un establecimiento de la cadena *Subway*, que venía regentando el negocio sin problemas por motivo de su apariencia desde 1991, fue informado por sus franquiciadores de la imposibilidad de seguir vistiendo su turbante a consecuencia de la existencia de un código de vestimenta aplicable a todos los establecimientos de la cadena. Jiménez, Marina; "Sikh says fast-food boss banned diaper on head" en *The Globe and Mail*, de 11 de diciembre de 2003, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/national/sikh-says-fast-food-boss-banned-diaper-on-head/article1048736/

[693] *Kohli v. LOOC Inc*. 103 Md. App. 694 (1995). Fue recurrida por motivos procesales y vista en *LOOC Inc. v. Kohli* 347 Md. 258.

(en este caso no poder afeitar su barba) su candidatura decayó por no ser compatible con la normativa de la empresa en relación con la apariencia que deben presentar sus empleados. Los argumentos de la empresa demandada para sostener la necesidad de esta política corporativa fueron similares a los expuestos por *Sambo's*, a pesar de que el señor Kohli dejó constancia por escrito de su disposición a llevar una redecilla que aislase su barba del contacto con la comida.

En este caso los tribunales entendieron que sí se había producido un caso de discriminación religiosa en el ámbito laboral. El punto de partida, por tanto, era diferente del establecido en *Sambo's*. Se aceptó que el demandante pertenecía a un grupo protegido por la interdicción de discriminación establecida por el título VII de la LDC, que participó en el proceso de selección a un puesto concreto para el cual estaba plenamente cualificado y que su candidatura fue rechazada en favor de otra persona que no poseía las características propias del grupo del demandante. La discusión entre las partes se centraba en si el acomodo de las peticiones del señor Kohli harían incurrir a la empresa demandada en una *carga excesiva*.

La sentencia resulta de interés porque las partes discrepan en torno a la manera de dotar de contenido y probar el concepto de *carga excesiva*. *Domino's* presentó encuestas que trataban de demostrar la preferencia de su clientela por los empleados afeitados y el perjuicio que, en forma de pérdida de confianza de los consumidores, acarrearía acomodar al demandante, mucho más allá del baremo *de minimis* vigente en EEUU. Para el señor Kohli esas encuestas carecían de representatividad, resultaban marginales y por lo tanto no concluyentes. De hecho, resultaban tan poco concluyentes que para el momento en que el tribunal debía emitir su fallo los hábitos de consumo y las tendencias estéticas de la población estadounidense habían cambiado, de manera que *Domino's* renunció a su estándar corporativo de rechazo a los empleados barbados, como bien apunta Rajdeep Singh[694]. Esta circunstancia posiblemente ayudó a la decisión del tribunal de rechazar las pruebas de la empresa como concluyentes y a entender que el acomodo no constituyese *carga excesiva*.

[694] De hecho, la estética barbada volvió a ponerse de moda y la desconfianza desapareció entre las empresas y particularmente también en Domino's Pizza. Armour, Stephanie y Morse, Kate; "Firms get dressing-down over dress codes" en *USA Today*, 18 de julio de 2001, disponible en http://usatoday30.usatoday.com/careers/news/2001-07-18-dress.htm; Singh, Rajdeep "Sikh Americans, popular constitutionalism and religious liberty". *op. cit*. p. 197.

Las dificultades que los tribunales estadounidenses encuentran con el acomodo religioso y la dotación de contenido al concepto de *carga excesiva* quedaron ilustradas a comienzos de este siglo en *Birdi v. UAL Corp*.[695]. Aunque el fallo proviene de un Tribunal Federal de distrito del Estado de Illinois resulta llamativo ya que acepta que la empresa (*United Airlines*) cumplió con su obligación de acomodar cuando se limitó a ofrecer al demandante, un empleado sij que vestía turbante, el traslado a un puesto en el que no tuviese contacto visual con el público. Una oferta de acomodo que recuerda a la que *British Airways* ofreció a Nadia Eweida en el caso analizado en el capítulo 2. Rajdeep Singh evoca que el colectivo sij en Estados Unidos llamó la atención acerca del hecho de que avalar estas medidas de acomodo supone optar por un modelo segregacionista mediante el cual se apartaría a posiciones "invisibles" a todas aquellas personas que no tengan la apariencia que se considera que debería tener el/la trabajador/a estadounidense ideal. En este sentido la neutralidad de las normas corporativas puede ser puesta en duda ya que suponen una configuración del espacio público en la que los grupos minoritarios tienen poco que decir. Dar por buenas este tipo de obligaciones sin un espíritu crítico puede tener el efecto de hacernos olvidar que la finalidad de la legislación laboral y de las normativas antidiscriminatorias no es otra que la de favorecer el crecimiento personal y profesional de las personas, así como lograr su integración social[696]. La diferente configuración que se realiza para definir, por un lado, las características que se piden a las personas que ocupan puestos de trabajo que ejercen su labor en el espacio público (visible, interactivo, en contacto con la clientela) y, por otro, para los puestos del *back-office* (escondidos de la vista del público) así como la incidencia que tiene en el acceso al mercado laboral de las personas con vestimenta o signos religiosos ha sido explorada por Alidadi en un análisis[697] en el que pone el acento en la potencial exclusión, falta de igualdad de oportunidades y carencia de desarrollo profesional que encierran estas

[695] No.99 C5576, 2002 WL 47 1999 (N.D. Ill. 2002)

[696] Singh, Rajdeep; "Sikh Americans, popular constitutionalism and religious liberty". op. cit. 206-207. La puesta en cuestión de las normativas sobre la apariencia y sobre lo que deberíamos considerar "normal" y que el derecho sanciona frecuentemente es uno de los objetivos del estimulante ensayo de Rhode, Deborah L.; *The beauty bias. The injustice of appearance in life and law*. Oxfrod: Oxford University Press, 2010. Igualmente original y sugerente resulta el análisis de Javier de Lucas acerca de la manera en la que, desde los prejuicios, concebimos y damos forma en nuestro imaginario al otro, a quien estimamos que no es como nosotros y cómo, posteriormente desde el derecho, justificamos e institucionalizamos esa segregación. Lo hace mediante un análisis de la conocida y excelente película estadounidense *Blade Runner*, producción de 1982 dirigida por el británico Ridley Scott, en De Lucas, Javier; *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

[697] Alidadi, Katayoun; "From front-office to back-office: Religious dress crossing the public-private divide in the workplace" en Ferrari, S. y Pastorelli, S. (eds.) *Religion in public spaces. A European perspective*. Franham: AshgatePublishing, 2012, pp. 159-189.

estrategias y que provocan que algunas personas deban pagar un elevado precio por su inconformidad[698].

Precisamente una de las empresas que más denuncias acumula por contratar personal con determinadas características físicas y estéticas con el fin de proyectar una determinada imagen de empresa, bordeando así los límites de la legislación antidiscriminatoria, es *Abercrombie & Fitch*[699]. Recientemente el TSEUA ha sentenciado el caso *EEOC v. Abercrombie* [700] que, aunque hace referencia a una empleada con *hiyab*, merece ser mencionado puesto que establece el momento preciso en el que una empresa está obligada a acomodar su fuerza de trabajo, incluso potencial, con arreglo a los dictados del Título VII LDC. Samantha Elauf, musulmana practicante y portadora del *hiyab*, tomó parte en el proceso de selección abierto para contratar personal que trabajase como dependiente en una e las tiendas que la empresa demandada tiene en la ciudad de Tulsa. La encargada del proceso de selección dudó acerca de si su atuendo religioso era compatible o no con las normas de apariencia que *Abercrombie* demanda de sus empleados en las tiendas, en las cuales figura la prohibición de llevar gorras. Trasladó la pregunta a sus cargos supervisores indicando que pensaba que la candidata llevaba la prenda por motivos religiosos. Se le respondió que la apariencia de la señora Elauf no era compatible con el código de vestimenta de la empresa y que por tanto no debía ser contratada. La demandante entendió que con este comportamiento la empresa la había discriminado atendiendo a las previsiones de la LDC[701].

---

[698] La labor de concienciación social para terminar con este tipo de estándares laborales suele ser ardua y dilatada en el tiempo. Recientemente, con el apoyo de la *American Civil Liberties Union* (ACLU) y de *Sikh Coallition*, el cartero Gurdit Singh ha visto cómo la corporación Walt Disney ha cambiado sus normas laborales de apariencia personal que hasta el momento le impedían repartir el correo en el parque de atracciones que la empresa tiene en Orlando (Florida) más allá de las oficinas centrales siempre que fuese ataviado con el turbante distintivo de su fe. Tal y como se relata en la noticia, la controversia entre el trabajador y la empresa ha durado siete años. Connolly, Amy; "Sikh postman wins turban battle at Walt Disney World" en *United Press International*, 10 de julio de 2015, disponible en http://www.upi.com/Top_News/US/2015/07/10/Sikh-postman-wins-turban-battle-at-Walt-Disney-World/8731436539056/

[699] Greenhouse, Steven; "Clothing chain accused of discrimination" en *The New York Times*, 17 de junio de 2003, disponible en http://www.nytimes.com/2003/06/17/national/17STOR.html

[700] *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc*. 575 U.S. ___ (2015)

[701] "*(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin*." 42 U. S. C. §2000e–2(a).

Llama la atención la postura mantenida por la empresa, que es la que produce la controversia jurídica a dirimir por el tribunal. Para *Abercrombie* no puede darse un caso de discriminación indirecta si la parte empleadora no tenía conocimiento concreto acerca de la necesidad de un acomodo. De esta forma, visto que el proceso de selección se interrumpió antes de que la candidata expresase su eventual necesidad de acomodar el código de vestimenta a la apariencia derivada de su creencia, la parte demandada entendía que no incurría en un caso de discriminación por efecto adverso. Nos parece evidente en esta argumentación un intento de orillar o saltar el espíritu de la norma a través de la pretensión de no haber sido informado de manera formal de una necesidad de acomodo. Aceptar este punto de vista habría supuesto, a nuestro juicio, introducir un gravamen excesivo en la parte demandante de acomodo además de abrir una puerta para que los eventuales oferentes de ese acomodo pudieran obstaculizar el ejercicio de sus obligaciones a través de formalismos.

El TSEUA no sólo rechaza la pretensión de la empresa, sino que recuerda que el requisito del conocimiento no figura en el texto de la norma[702]. Sin embargo, la carga de la prueba de demostrar que ha sido la necesidad de ese acomodo el factor motivante de la decisión tomada por la empresa empleadora descansa en la parte demandante. Es más, la parte empleadora podría tener conocimiento de la necesidad de un acomodo, aunque si su motivo para rechazar la candidatura fuese otro diferente (y justificado) que el de evitar ofrecer ese acomodo, no estaría violando el Título VII. Una empresa no debería tener en cuenta las prácticas religiosas de las personas candidatas a la hora de declinar su contratación. Esa certeza, que está en el origen de la intención del poder legislativo al promulgar la norma, es lo que el tribunal adecuadamente recuerda, a pesar de los intentos por encontrar formalismos que pudiesen vaciar de contenido esta pretensión.

Creemos que también merece un comentario la respuesta del juez ponente Scalia al razonamiento de *Abercrombie* que indicaba que una normativa "neutral", esto es, carente de motivaciones religiosas y centrada exclusivamente en requerimientos laborales, no podría ser discriminatoria. Para el tribunal, por descontado, una empresa está legitimada para disponer de una normativa de su conveniencia para las cuestiones de gestión

[702] Es verdad que el texto de la *Americans with disabilities Act* (ADA) de 1990 sí que incluye tal prevención cuando la empresa empleadora falla en su obligación "…*to make reasonable accommodations to the* KNOWN *physical or mental limitations of an applicant*". Fórmula explicable por el hecho de que ciertas características personales que precisan de acomodo pueden no trascender. Sin embargo, el Título VII no contiene esta formulación.

ordinaria. Ahora bien, la obligación que impone el Título VII supone que el rechazo a contratar a una persona no pueda ser argumentado por la existencia de esa normativa neutral.

5.- Casos especiales del espacio público

5.1.- Ámbitos de sujeción especial: cárceles.

La pluralidad de credos que se da entre la sociedad civil tiene un reflejo ineludible entre la población reclusa, de manera que si el acomodo de las necesidades religiosas está regulado en diferentes ámbitos sociales igualmente debe estarlo en el ámbito carcelario sometido, claro está, a las peculiares condiciones que predominan en estos establecimientos en los que la seguridad del funcionariado y del resto de personas que cumplen condena adquiere carácter imperativo.

En Canadá, por ejemplo, según datos que aporta el *Correctional Service of Canada* (CSC) en 2005 había 21.702 personas reclusas que reconocían pertenecer a un credo religioso[703], de las cuales 102 eran de fe sij. El marco jurídico que obliga a las autoridades penitenciarias canadienses a acomodar las necesidades religiosas de la población reclusa, sin perjuicio de las razones que derivadas de la seguridad en los recintos carcelarios puedan impedirlo, se encuentra en normas ya mencionadas en este estudio: la *Carta Canadiense de derechos y libertades*[704] (CCDL) y la *Canadian Human Rights Act*[705] (CHRA). Particularmente en lo referido a la materia penitenciaria, la norma de referencia es la *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), de 1992, en cuyo artículo 75 se recoge el principio de la libre expresión religiosa de las personas reclusas con el límite de

[703] 9.194 personas se reconocían católicas, 4.519 como protestantes, 104 cristianas ortodoxas, 761 musulmanas, 159 judías, 753 seguían algún tipo de espiritualidad aborigen y 387 eran budistas. 1.437 personas estaban catalogadas como "otros credos" en los cuales se incluían agnósticos, ateos, fe Baha'i, cienciólogos, hindúes, Testigos cristianos de Jehová, Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días, Rastafaris, Ciencia Cristiana, Siddha Yoga, Taoismo, y Zoroastrismo. Fuente: CSC "Religious and spiritual accommodation in CSC institutions", noviembre de 2006, disponible en http://www.csc-scc.gc.ca/chaplaincy/092/doc_e.pdf

[704] Que en su artículo 1 establece el contexto en el que el ejercicio y eventual limitación de los derechos y libertades tendrán lugar, el artículo 2 formula el derecho a la libertad de religión y conciencia, mientras que el artículo 15 prohíbe la discriminación, entre otras, religiosa.

[705] El artículo 3.1 prohíbe las prácticas discriminatorias en aquellas actividades de regulación federal, marco de aplicación de esta normativa.

la seguridad de terceros y del propio centro penitenciario[706]. La CCRA tuvo su desarrollo normativo en las *Corrections and Conditional Release Regulations* (CCRR), de 1992, cuyos artículos 101 y 101.1 prevén la materialización de lo reconocido en la ley[707].

La previsión realizada para la población reclusa encuentra también reflejo en la normativa dirigida al funcionariado de prisiones, de manera que hay constancia de vestimenta religiosa en agentes de seguridad[708]. A pesar de que el turbante sij terminó siendo permitido se llegó a denunciar el agravio comparativo a raíz de la prohibición que sufrió una agente en Quebec para trabajar con *hiyab*[709]. En los últimos años se ha denunciado por personas presas de diferentes credos la no disponibilidad de capellanes o de guías espirituales no cristianos en el sistema penitenciario canadiense[710]. El gobierno ha alegado dificultades presupuestarias. Se trata de una de las principales carencias de los Estados que han hecho una apuesta por el multiculturalismo o, al menos, por el reconocimiento de la diversidad cultural, el de asegurar en pie de igualdad el acceso a la libertad religiosa de la ciudadanía y no sólo de aquellas personas que pertenecen al grupo tradicionalmente dominante que, por regla general, suele encontrar, por motivos históricos y vinculados a la tradición, satisfechas sus necesidades en esta materia.

En Estados Unidos el marco jurídico para delimitar el ejercicio religioso en el ámbito penitenciario venía marcado originalmente por el *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), de 1993, norma que establecía que las autoridades no podían limitar la libertad

---

[706] "*An inmate is entitled to reasonable opportunities to freely and openly participate in, and express, religion or spirituality, subject to such reasonable limits as are proscribed for protecting the security of the penitentiary or the safety of persons*".

[707] *The Service shall ensure that, where practicable, the necessities that are not contraband and that are reasonably required by an inmate for the inmate's religion or spirituality are made available to the inmate, including (a) interfaith chaplaincy services; (b) facilities for the expression of the religion or spirituality; (c) a special diet as required by the inmate's religious or spiritual tenets; and (d) the necessities related to special religious or spiritual rites of the inmate.*

(1) Every inmate shall be entitled to express the inmate's religion or spirituality in accordance with section 75 of the Act to the extent that the expression of the inmate's religion or spirituality does not (a) jeopardize the security of the penitentiary or the safety of any person; or (b) involve contraband.

[708] Jasbir Kainth se convirtió en el primer policía del sistema penitenciario canadiense en vestir el turbante. Moharib, Nadia "Turban wearing sikh on Calgary force no ordinary cop" en *Calgary Sun*, 26 de enero de 2013, disponible en http://www.calgarysun.com/2013/01/26/turban-wearing-sikh-on-calgary-force-no-ordinary-cop

[709] Valentine, Scott; "Quebec prison guard loses job for wearing hijab", en *scottvalentine blog*, de 15 de marzo de 2007, disponible en http://scottvalentine.blog.ca/2007/03/15/quebec_prison_guard_loses_job_for_wearin~1912338/

[710] Moore, Dene; "Buddhist, Jewish, Wiccan, Muslim and Sikh prisoners sue over lack of non-Christian chaplains in Federal prisons" en National Post, 19 de marzo de 2013, disponible en http://news.nationalpost.com/holy-post/buddhist-jewish-wiccan-muslim-and-sikh-prisoners-sue-over-lack-of-non-christian-chaplains-in-federal-prisons

y la práctica religiosa salvo que se demostrase que se procuraba proteger un *compelling State interest* y que los medios empleados eran los menos restrictivos para salvaguardar el interés jurídico a tutelar. Como ya se ha consignado, la ley fue declarada parcialmente inconstitucional en su aplicación a los Estados y a los gobiernos locales a través de la sentencia de *City of Boerne v. Flores*[711]. Unos años después el Congreso promulgó la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*[712] (RLUIPA) de 2000, mediante la cual se empleaba el mismo estándar de *compelling interest* que la RFRA, aunque limitado en su ámbito de aplicación a los conflictos acerca del empleo de fincas o solares para uso religioso, así como a la libertad religiosa de las personas encarceladas o residentes en instituciones públicas[713].

Al igual que en el *test de Shebert* y en la RFRA, la fórmula empleada por esta norma tutela el ejercicio de la libertad religiosa prohibiendo a la administración cualquier interferencia con la misma salvo que se demuestre que tal acción constituye la manera menos gravosa (*least restrictive means*) de proteger un interés preponderante (*compelling governmental interest*). La carga de la prueba de demostrar esa urgencia corresponde a la administración que pretende imponer un gravamen en el ejercicio del derecho, previendo la necesaria valoración de la necesidad y la proporcionalidad de la medida limitadora.

El análisis y ponderación que marca la norma para los tribunales de justicia se puede seguir fácilmente en el reciente caso de *Holt v. Hobbs*[714], fallado por el TSEUA. Aunque no afecta a un prisionero sij, tiene que ver con la manifestación religiosa ya que el demandante, Gregory Holt, era un prisionero musulmán que reclamaba poder llevar una barba de media pulgada (1,27 cm.) porque lo entendía como un requisito impuesto por su fe. La normativa del centro impedía llevar barba alguna salvo en los casos de personas con enfermedades de la piel, a quienes estaba permitido llevar una barba de un cuarto de pulgada (0,63 cm.). Las razones esgrimidas para tal medida tienen que ver con la seguridad penitenciaria ya que las barbas pueden ser utilizadas para ocultar objetos y

[711] *City of Boerne v. Flores, Archibishop of San Antonio*, 521, U.S. 507 (1997).

[712] 42 U.S. Code §2000 cc-1

[713] General Rule: *No government shall impose a substantial burden on the religious exercise of a person residing in or confined to an institution, as defined in section 1997 of this title, even if the burden results from a rule of general applicability, unless the government demonstrates that imposition of the burden on that person—*

(1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and

(2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

[714] *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. ____ (2015)

pasarlos como contrabando, así como para dificultar la identificación de los internos (mediante el afeitado de la misma sin previo aviso).

A partir del modelo de análisis propuesto por la RLUIPA es responsabilidad del demandante demostrar la sinceridad de las creencias mantenidas, así como probar que la acción de la administración interfiere con su libertad religiosa. Resulta de interés apuntar que el TSEUA no comparte dos de los argumentos empleados por el *District Court* para rechazar la vulneración del derecho del demandante. No acepta que no se produjera interferencia con la libertad religiosa bajo la premisa de que el demandante ya podía poner en práctica su religión mediante otras prácticas. En segundo lugar el *District Court* estimó que, en caso de que hubiese habido interferencia religiosa, ésta tenía una entidad menor ya que el demandante testificó que lo importante para su credo es que él intentase poner en práctica su fe, con independencia de que lo consiguiese o no. Ambos argumentos son rechazados por el alto tribunal debido a que la RLUIPA no especifica que las manifestaciones protegidas por la norma tengan que ser derivados imperativos de la fe ni que tengan que ser compartidas por la comunidad entera o por una mayoría de los fieles. La apuesta por el criterio de la subjetividad de las creencias como requisito originado en la neutralidad del Estado se ve reforzado por el hecho de que en este caso es el administrador del centro con quien el demandante tiene una relación de sujeción especial.

Una vez demostrada la interferencia sobre la libertad religiosa del preso, la carga de la prueba se traslada a la parte demandada (la administración) para que demuestre que su actuación es la menos gravosa posible para preservar el interés preponderante que se trata de proteger. Tal requisito supone un juicio de proporcionalidad entre los bienes jurídicos en conflicto (seguridad del recinto penitenciario y libertad religiosa). En este sentido la sentencia no encuentra justificada que la prohibición de lucir barba se haga para evitar el contrabando ya que la longitud solicitada por el demandante (1,27 cm.) no permite ocultar objetos tras ella. El requisito de *least restrictive means* implica que la administración no sólo debe demostrar que las medidas aplicadas están justificadas en orden a proteger el fin a tutelar, sino que además debe probar que se ha hecho a través de los medios menos gravosos. Esta misma razón es la que lleva al tribunal a desestimar el segundo argumento de la administración penitenciaria ya que, aunque la necesidad de identificar correctamente a los presos es, en sí mismo, un interés preponderante, lo que no se ha demostrado es por qué el sistema empleado en esa prisión (que acostumbra a tomar fotografías alternas con y sin barba, razón por la que las autoridades desestimaron la

pretensión del demandante) es el medio menos limitador del derecho en cuestión. Al parecer este sistema de la foto dual no es empleado en otras cárceles que, de hecho, permiten vello facial de una forma que no es compatible con el sistema de la foto dual. Tampoco queda demostrado por qué es inviable hacer una excepción con la barba de ½ pulgada cuando sí que es posible hacerlo con la de ¼ de pulgada.

El hecho de que, a pesar de encontrarnos en un ámbito en el que existe la tentación de otorgar a la seguridad un valor absoluto, el TSEUA haya decidido entrar a escrutar las evidencias que se le presentan rechazando los argumentos meramente especulativos nos parece un ejercicio estimable. Tampoco se recurre al manido argumento según el cual el funcionariado de prisiones está más capacitado que los magistrados del tribunal para decidir acerca de protocolos de seguridad.

El mismo criterio establecido por RLUIPA fue tenido en cuenta en el caso del preso sij Navdeep Singh visto por *District Court* del Estado de Nueva York en *Singh v. Goord*[715]. Las peticiones del demandante eran más numerosas que las del caso anterior, pero la *ratio decidendi* del análisis aplicado por el tribunal fue similar[716]. El tribunal no encontró evidencias factuales (esto es, no especulativas) que pusiesen en duda la sinceridad de las creencias del demandante ya que éste recibió una formación en el sijismo desde su nacimiento, manifestó de manera consistente su fe desde que fue encarcelado y finalmente mantuvo incluso huelgas de hambre en defensa de su libertad religiosa a pesar de ser castigado por ello.

Una vez establecido que las autoridades restringieron la libertad religiosa del demandante, el siguiente paso requería de estas mismas autoridades que defendieran la bondad de su acción por estar amparada en un interés preponderante que había resultado protegido cuidando la proporcionalidad de la medida adoptada (es decir que no hubiera otros medios menos gravosos disponibles para proteger el interés en juego). Para fiscalizar este aspecto el tribunal entra a analizar la naturaleza de cada una de las peticiones del señor Singh y las contrasta con las necesidades de seguridad y de operativa penitenciaria que podrían

[715] *Singh v. Goord*, 520 F. Supp. 2d 487 (S.D.N.Y. 2007). El demandante Navdeep Singh, encarcelado en la prisión de Fishkill (NY), planteó a las autoridades penitenciarias ciertas demandas que básicamente tenían que ver con su fe. Principalmente con la vestimenta de objetos religiosos (el brazalete o *kara*, el peine o *kanga*, el calzón o *kacchera* y el turbante), la posesión de material litúrgico (las escrituras), acomodo de acciones (el rezo) y la puesta a disposición de alimentos (dieta religiosa).

[716] Sin perjuicio de otras cuestiones procesales que en este caso también se ventilaban y que no afectan a nuestro estudio.

verse comprometidas con un eventual acomodo. Estimamos que en este análisis minucioso e individualizado reside el valor del presente pronunciamiento. Sería demasiado prolijo detenernos en cada uno de los objetos o prácticas analizados por los jueces, pero conviene destacar que finalmente algunas de las peticiones resultaron estimadas y otras desestimadas. Principalmente debido a las dudas que se plantean, con base en los testimonios del funcionariado de prisiones, acerca de la incidencia de los objetos propios de la fe del demandante en la seguridad y disciplina del centro, el tribunal entiende que, aunque se ha producido una interferencia con la libertad religiosa del recluso, las limitaciones en torno al uso de *kanga*, *kara* y al empleo de un *turbante* de reducidas dimensiones deben mantenerse en la prisión. Tampoco estimó la petición de disponer de las escrituras en un lugar elevado de la celda. Sin embargo, llegó a la conclusión de que durante los desplazamientos fuera del centro no había elementos factuales que condujesen a la conclusión de que se debía limitar el uso de un turbante de mayores dimensiones, más de una *kanga* o la posibilidad de llevar las escrituras empaquetadas de manera separada del resto de sus pertenencias.

Aunque este caso comentado fue especialmente complejo debido a lo específico y numeroso de las peticiones del recluso, la mayoría de los casos que afectan a presos de fe sij en Estados Unidos han tenido como protagonistas a los turbantes o al vello facial. El colectivo sij ha demostrado una considerable capacidad de movilización, lo cual ha conducido, en determinados Estados de la Unión, a realizar cambios en su normativa penitenciaria. Hacia la mitad de la década pasada los medios de comunicación se hicieron eco del caso del preso Jagmohan Singh Ahuja al cual, según se informó, se le cortó el pelo y se afeitó de manera forzada tras su internamiento en una cárcel de Florida. De la misma manera se le retiró su turbante. Este caso generó preocupación[717] y provocó una importante movilización entre el colectivo sij estadounidense con el apoyo de otras organizaciones de derechos humanos[718]. Tras la conmoción que produjo esta situación, posteriores casos de esta naturaleza merecieron una respuesta jurídica más contundente, como la situación vivida por el también presidiario Sukhinder Singh Basra, el cual denunció que el Departamento de prisiones del Estado de California no le permitía poner

[717] Netter, Sarah; "Sikh activists upset over inmate's haircut" en *ABC News*, 6 de octubre de 2008, disponible en http://abcnews.go.com/US/Story?id=5966130&page=1

[718] *American Civil Liberties Union* escribió al gobernador de Florida para que respetase y ordenase acomodar las creencias religiosas en las cárceles del Estado. Ver una copia del escrito en https://aclufl.org/2008/10/10/aclu-urges-governor-crist-to-uphold-and-respect-religious-freedom-for-all-floridians/

en práctica su fe mientras cumplía su condena. Esta vez su denuncia pública fue canalizada través de organizaciones de defensa de los derechos del colectivo sij (como *Sikh Coallition*), de forma que el propio Departamento de Justicia del gobierno federal participó en la demanda[719].

> *Basra, who is serving time at the California Men's Colony for a drug offense, claims that guards told him he violated a rule prohibiting inmates from growing facial hair longer than a half inch. As punishment Basra said he was ordered to perform extra prison duties, spend 10 days confined to his bunk, and lost 30 days of credit for good behavior*[720].

Finalmente, las partes alcanzaron un pacto transaccional mediante el cual el conflicto terminaba al permitir las autoridades californianas que el preso pudiese dejar crecer su vello facial hasta una longitud de media pulgada. También estaría en disposición de vestir una *patka* (pequeño turbante que suelen llevar los niños cuya cabellera aún no ha adquirido la dimensión de los adultos). Según el acuerdo, la vestimenta de tal prenda está sometida a condiciones que tienen que ver con su color (banco o gris), su longitud (24 pulgadas) o la forma de adquisición (el proveedor debe estar aprobado por las autoridades) y estará sometido a las mismas condiciones que regulan otros tipos de prendas permitidas por la normativa carcelaria[721].

No sólo en el caso de los presos se han dado situaciones de vulneración de la práctica religiosa. También el funcionariado ha denunciado en ocasiones que sus solicitudes de acomodo religioso han sido denegadas de una manera que ha juzgado injustificada. El caso de Trilochan Singh Oberoi guarda similitudes con los ya vistos de *Jaggi* o *Bhatia* ya que la solicitud de promoción laboral dentro del cuerpo policial a un puesto en un centro penitenciario fue denegada por negarse el señor Oberoi a afeitarse la barba, lo cual se estimó que incrementaba el riesgo que padecía si tuviese que ponerse una mascarilla antigás. Tras seis años de pleito las autoridades de California aceptaron el acomodo que pedía el demandante y transaccionaron a cambio de una jugosa indemnización para el

[719] Department of Justice – Office of Public Affairs, "Justice Department files lawsuit against the State of California for violating inmate's rights to practice his religion", 15 de marzo de 2011, disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-lawsuit-against-state-california-violating-inmate-s-right-practice

[720] Fragmento de la demanda presentada por el Departamento de Justicia. Reproducida en http://americanturban.com/2011/03/17/us-dept-of-justice-vs-california-protecting-a-sikhs-rights-in-prison/

[721] *Sukhinder S. Basra, United States of America v. Matthew Case et al*., Settlement Agreement, No. CV11-01676 SVW (FMOx), disponible en http://www.sikhcoalition.org/documents/pdf/Basra%20Settlement.pdf

demandante[722]. Cuando meses después el Estado de California aprobó la *California Worplace Religious Act*, en septiembre de 2012, se entendió que el caso Oberoi ejerció una considerable influencia en su contenido tuitivo de las manifestaciones religiosas en el puesto de trabajo[723].

Un caso similar se presentó en el Estado de Arizona cuando las autoridades penitenciarias exigieron a Ikhbinder S. Bassin, oficial de policía que llevaba acumulados diez años de servicio, que en el plazo de diez días debía prescindir del uso de la *kara* así como afeitar su barba si quería seguir perteneciendo al cuerpo. Al igual que en el caso de California, la administración finalmente aceptó el acomodo solicitado por el agente[724].

5.2.- La seguridad de los espacios públicos. Aeropuertos y otros modos de transporte.

5.2.1.- Algunas consideraciones sobre el kirpan como arma en Canadá y Estados Unidos

Entre los elementos del credo sij, el que mayor grado de controversia puede generar en un aeropuerto es el *kirpan* o daga ceremonial. La prohibición de portar armas en una aeronave es un requisito establecido internacionalmente. Ahora bien, cabría preguntarse por aquello que entendemos por arma ya que hay un elemento subjetivo en su caracterización. Muchos artículos, incluso algunos de uso cotidiano (como recordaba el tribunal del caso *Multani)*, pueden ser empleados para agredir a otra persona, aunque no está en la intención de la mayoría de quienes tienen acceso a ellos el utilizarlos contra un tercero. Por ejemplo, en el código penal canadiense se define "arma" como aquel objeto empleado, diseñado para ello o que intenta ser empleado para causar la muerte o lesiones, así como para amenazar o intimidar a otras personas[725].

---

[722] Kaur, Anju; "Six-figure settlement but California prisons set no-beards policy" en *Sikh NN*, 2 de diciembre de 2011, disponible en http://www.sikhnn.com/headlines/1637/six-figure-settlement-california-prisons-keeps-no-beards-policy

[723] McGreevy, Patrick; "Jerry Brown sings a law protecting Sikhs, muslims from workplace bias" en *Los Angeles Times*, 8 de septiembre de 2012, disponible en http://latimesblogs.latimes.com/california-politics/2012/09/brown-signs-law-protecting-sikhs-muslims.html

[724] Mohan Singh, Rupinder; "Sikh wins religious accommodation case against az department of corrections" en *American Turban*, 6 de febrero de 2013, disponible en http://americanturban.com/2013/02/06/sikh-wins-religious-accommodation-case-against-az-department-of-corrections/

[725] *Criminal Code of Canada*, R.S.C., 1985, c. C-46, s.2: *"weapon" means anything used, designed to be used or intended for use (a) in causing death or injury to any person, or (b) for the purpose of threatening or intimidating any person.*

Los términos "*used or intended for use*" han sido interpretados por los tribunales en el sentido de invocar un elemento subjetivo que requiere intencionalidad por parte de quien porta el instrumento para que sea utilizado en sentido violento[726]. Característica que no se da en el colectivo sij al portar el *kirpan*. Tanto en los casos *Multani* como en *Pandori* se aceptó la premisa de que el *kirpan* no puede ser categorizado como arma, sino que es la subjetividad de quien lo porta el dato que lo sitúa en el ámbito de la simbología religiosa dinámica.

> *While the kirpan undeniably has characteristics of a bladed weapon capable of wounding or killing a person, this submission disregards the fact that, for orthodox Sikhs, the kirpan is above all a religious symbol. (…) There is no denying that this religious object could be used wrongly to wound or even kill someone, but the question at this stage of the analysis cannot be answered definitively by considering only the physical characteristics of the kirpan.*[727]

En la jurisprudencia estadounidense la discusión en torno a la naturaleza del *kirpan* surgió con ocasión de la detención de ciudadanos sij en distintos ámbitos públicos por considerar la policía que estaban portando armas. En ambos casos fue la percepción por parte de los agentes policiales del *kirpan* el indicio que llevó a la detención de los individuos, posiblemente por desconocimiento por parte de los agentes del orden del rol que este elemento juega en el sijismo. En *New York v. Singh*[728], el fallo estableció los bienes jurídicos en juego: la libertad religiosa garantizada por la primera enmienda constitucional (*free exercise*) y la seguridad pública materializada en la labor mantenedora del orden público por parte de las fuerzas de seguridad del Estado.

> *This court must weigh the defendant's constitutional First Amendment right to practice his religion as he so chooses, with the police power of New York State to regulate the possession of lethal weapons and dangerous instruments (…) While freedom to believe and worship as one chooses must remain absolute and unfettered, the State may restrict acts and conduct if the intrusion is justified by a compelling State interest to protect the health and safety of its citizens.*[729]

---

[726] *R v. Laidley* (1978), 39 C.C.C. (2d) 406 (Ont. C.A.); *R v. Kilpatrick* (1986), 31 C.C.C. (3d) 334 (Ont. Dis. Ct.); *R v. Arrance* [1971] 3 W.W.R. 641 (B.C.C.A.); citados en *Factum of the World Sikh Organization of Canada* en el caso *Multani v. Commission Scolaire Margueritte-Burgeoys* S.C.C. No. 30322, disponible http://www.aspercentre.ca/Assets/Asper+Digital+Assets/David+Asper+Centre/Asper+Digital+Assets/Supreme+Court/Multani+-+World+Sikh+Organization+of+Canada.pdf

[727] *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, op. cit. § 37.

[728] *The People of the State of New York, Plaintiff, v. Partap Singh*, 135 Misc. 2d 701; 516 N.Y.S.2d 412.

[729] Ibíd.

La contraposición entre el interés preponderante del Estado (la seguridad pública) y la libertad religiosa, que deriva de una creencia mantenida de manera sincera por el detenido, llevó al tribunal a decantarse por el principio de *favor libertatis* y entender que continuar con la acusación emprendida contra Partap Singh no podía ampararse en ningún ideal de justicia ni serviría para alcanzar ningún objetivo útil. Aunque el fallo no se posicionó acerca de la naturaleza del *kirpan*, asoma la convicción de que tanto su esencia como su empleo por parte de la comunidad sij es la de un artefacto litúrgico con una finalidad exclusivamente religiosa.

Un dilema similar enfrentó el tribunal de apelación del Estado de Ohio en *State of Ohio v. Singh*[730]. Harjinder Singh, un veterinario de Cincinatti, compareció ante un tribunal de justicia en un pleito civil. Fue detenido por desacato al negarse a contestar algunas preguntas en un juicio por deudas. Cuando fue encarcelado, el funcionariado encontró su *kirpan* y fue acusado de llevar un arma oculta. Al igual que en la mencionada norma canadiense, la legislación vigente en Ohio también definía el concepto de "arma" mediante criterios objetivos (instrumento capaz de infligir lesiones o muerte) y subjetivos (diseñado o adaptado especialmente para ser usado como arma o bien poseído, portado o empleado con tal intención). En este caso, aunque la daga sij cumplía con el primer requisito no encajaba en, al menos, uno de los otros dos supuestos[731]. De hecho, el *kirpan* tenía la punta roma, estaba envainado y cosido a la pretina de su ropa interior. En esta ocasión el tribunal de Ohio sí que se atrevió a afirmar con rotundidad que la daga ceremonial no podía ser considerada un arma bajo un criterio racional.

> *Based upon a review of the entire record, there is no evidence that Singh possessed or carried the kirpan as a weapon and no evidence that the kirpan was designed or adapted for use as a weapon. Therefore, no rational trier of fact could have found the essential elements of the crime proved beyond a reasonable doubt. The trial court's conviction was unsupported by the evidence. We also hold that reasonable minds could not have reached different conclusions as to whether each element of the crime charged had been proven beyond a reasonable doubt.*[732]

A pesar de estas afirmaciones se han seguido produciendo detenciones de personas de credo sij cuando sus dagas ceremoniales han sido detectadas por los agentes policiales.

[730] 117 Ohio App. 3d381 (Ohio App. 1996)

[731] "*A deadly weapon is any instrument capable of inflicting death and either designed or specially adapted for use as a weapon or possessed, carried, or used as a weapon*". *Ohio Revised Code*, R.C. 2923.11(A)

[732] *State of Ohio v. Singh*, op. cit.

Desde las organizaciones defensoras de los derechos de la población sij de Estados Unidos se ha fomentado la aprobación de medidas legales destinadas a concienciar al funcionariado público, y especialmente al policial, acerca de la manera de actuar cuando se encuentren con personas que portan el *kirpan*. Este objetivo estuvo cerca de ser logrado en el Estado de California cuando las dos cámaras del parlamento californiano aprobaron la llamada *Kirpan* Bill[733], un proyecto de ley que finalmente fue vetado por el entonces gobernador Arnold Schwarzenegger[734]. Entre las medidas que preveía estaba la de instruir a los agentes de policía sobre la forma de actuar cuando se encontrasen en el ejercicio de sus funciones con una persona portadora del *kirpan*.

5.2.2.- Las prácticas de acomodo frente a la necesidad de seguridad en términos absolutos.

La perspectiva liberal, en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales, adoptada en Norteamérica huye de soluciones basadas en las prohibiciones generales. Tal enfoque supone un esfuerzo adicional en el análisis de las causas concurrentes, la ponderación de los bienes jurídicos en juego y la evaluación de la proporcionalidad de las medidas adoptadas, en las que el espacio en el cual el ejercicio de la manifestación religiosa tiene lugar adquieren una especial relevancia.

Los ámbitos escolar o penitenciario, como ya se ha visto, poseen características no sólo físicas sino también sociales de acuerdo al tipo de personas que en ellos concurren, así como por la naturaleza de las relaciones que en ellos se entablan. Las necesidades de seguridad que demandamos en estos espacios se pueden calificar como relativas ya que no sería posible ni práctico implementar controles que garantizasen una seguridad en términos absolutos. Por su parte los aeropuertos y las aeronaves comerciales constituyen lugares de paso en los que multitud de desconocidos están destinados a transitar o a permanecer unas horas en un espacio limitado. En este terreno sí que se despliegan medidas de seguridad que pretenden acercarse a una garantía total. Nos podemos

[733] Bill Number: AB 504. "*This bill would require the commission to create and make available to all law enforcement agencies as part of basic training a training component on how to recognize and interact with persons carrying a kirpan, as specified. This bill would define a kirpan as a blade that resembles a sword and is required to be carried as an integral part of the practice of the Sikh faith*". Texto de la propuesta legislativa disponible en ftp://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/asm/ab_0501-0550/ab_504_bill_20090224_introduced.html

[734] Outlook India; "California governor vetoes kirpan bill" en *India Outlook*, 13 de octubre de 2009, disponible en http://www.outlookindia.com/news/article/california-governor-vetoes-kirpan-bill/667672

preguntar si, en este contexto, las prácticas de acomodo de los SDAR deberían quedar completamente olvidadas o bien si hay espacio para demandar algún tipo de flexibilidad por parte de ambos agentes (aeropuertos/aerolíneas y viajeros religiosos).

El turbante sij es un elemento habitual en los aeropuertos canadienses, aunque la continua urgencia por implementar medidas de seguridad cada vez más eficaces ponga constantemente a esta prenda bajo el escrutinio de lo sospechoso. Recientemente el gobierno canadiense estableció la necesidad de que las personas con la cabeza cubierta pasasen, tras la obligatoria exploración a través del escáner de metales, un segundo examen para detectar residuos de sustancias explosivas en su cuerpo o en su ropa. Esta medida, que hasta el momento era aplicada de manera aleatoria, pretendía ser instaurada como obligatoria para quienes cubriesen su cabeza por motivos religiosos[735]. Este cambio de proceder generó protestas y denuncias públicas por ser considerada discriminatoria, una campaña de concienciación en la que el colectivo sij se significó especialmente[736]. Finalmente, el gobierno canadiense aceptó retirar la medida en los vuelos domésticos[737]. Similares polémicas se han vivido en los aeropuertos estadounidenses[738] y británicos. Desde este último país se llegó a reportar el caso en el que se obligó a un pasajero sij a que se retirase el turbante tras haber producido, a su paso, un pitido el arco detector de metales. Las autoridades británicas del transporte reconocieron la improcedencia de la medida y propusieron un protocolo alternativo en este tipo de casos que pasase por la inspección con un escáner manual[739].

En relación con el uso del *kirpan*, como ya ha quedado dicho, las circunstancias peculiares que se dan en el entorno concreto de la navegación aérea implican que el enfoque a

[735] La medida, puesta en práctica por la CATSA (*Canadian Air Transport Security Agency*), entró en vigor el 15 de abril de 2015.

[736] Singh, Pramjeet; "New Turban Screening procedure at Canadian airports discriminatory" en *Sikh Siyasat News*, 16 junio de 2015, disponible en http://sikhsiyasat.net/2015/06/16/new-turban-screening-procedure-at-canadian-airports-discriminatory-says-wso/

[737] Keung, Nicholas; "Ottawa cancels security policy on headgear" en *Toronto Star*, 16 de junio de 2015, disponible en http://www.thestar.com/news/canada/2015/06/16/sikhs-protest-new-airport-security-measures-for-turbans-and-other-religious-headgear.html

[738] CNN Wire; "Sikh Americasn oppose turban screening at airports" en *CNN*, 8 de noviembre de 2010, disponible en http://edition.cnn.com/2010/TRAVEL/11/08/airport.turban.screening/ ; Sethi Arjun; "Sikh Americans raw deal at airport security", en *Washington Post*, 29 de noviembre de 2013, disponible en https://www.washingtonpost.com/opinions/sikh-americans-raw-deal-at-airport-security/2013/11/29/8aab1dc6-5790-11e3-8304-caf30787c0a9_story.html

[739] Daily Mail Reporter; "U-turn on humiliating turban airport security searches for Sikhs" en *Daily Mail*, 1 de julio de 2010, disponible en http://www.dailymail.co.uk/news/article-1291119/U-turn-humiliating-turban-airport-security-searches-sikhs.html

adoptar sea diferente del asumido en un aula escolar. Así lo destacó el Tribunal canadiense de derechos humanos (*Canadian Human Rights Tribunal*) en el caso *Nijjar v. Canada 3000*[740] en el que tuvo la oportunidad de reflexionar acerca de las peculiaridades que ofrecía una aeronave:

> *In assessing whether or not the respondent's weapons policy can be modified so as to accommodate Sikhs detrimentally affected, consideration must be given to the environment in which the rule must be applied. In this regard, we are satisfied that aircraft present a unique environment. Groups of strangers are brought together and are required to stay together, in confined spaces, for prolonged periods of time. Emergency medical and police assistance are not readily accessible*[741].

A diferencia del análisis establecido en los casos ya vistos de *Multani* y *Pandori*, que tenían lugar en un centro escolar, las consideraciones que merece un avión de pasajeros, así como las relaciones que se establecen entre las personas que lo ocupan llevan el criterio acerca de un eventual acomodo del *kirpan* a conclusiones diferentes:

> *Unlike the school environment (…) where there is an ongoing relationship between the student and the school and with that a meaningful opportunity to assess the circumstances of the individual seeking the accommodation, air travel involves a transitory population. Significant numbers of people are processed each day, with minimal opportunity for assessment. It will be recalled that Mr. Kinnear testified that Canada 3000 check-in personnel have between 45 and 90 seconds of contact with each passenger*[742].

La aerolínea ya estaba accediendo a un determinado nivel de acomodo al permitir el acceso a la aeronave con un *kirpan* de una longitud inferior a las 3,5 pulgadas (menos de 9 cm.) con punta roma y sin filo. Para alcanzar esta conclusión se estimó que cualquier objeto de estas características no podía tener una capacidad de lesionar mayor que la de los cuchillos que la aerolínea ponía a disposición de sus clientes durante la cena ofrecida a bordo. El tribunal avaló esta forma de razonar de la empresa y estimó que pedir de ella un mayor nivel de acomodo supondría incurrir en una *carga excesiva*[743]. En cuanto a la

[740] *Nijjar and Canada Human Rights Commission v. Canada 3000 Airlines Ltd*. [1999] C.H.R.D. No.3

[741] Ibíd.

[742] Ibíd.

[743] Curiosamente, y esto otorga valor a esta sentencia de cara a nuestro estudio, el tribunal entró a analizar la procedencia o no de un eventual acomodo a pesar de que previamente había llegado a la conclusión de que el demandante no había sido capaz de establecer *prima facie* que se había producido un caso de discriminación. El señor Nijjar habitualmente portaba un *kirpan* de 11 pulgadas y media (unos 29 cm.) pero había adquirido otro más pequeño (de unos 15 cm. y una hoja afilada de menos de 10 cm.) para, entre otras utilidades, llevarlo durante los vuelos ya que entendía que la longitud de la hoja era suficiente para acceder

longitud del *kirpan* se permitió recomendar a la autoridad del transporte canadiense que estableciese unos criterios uniformes para todas las aerolíneas nacionales, aunque hasta el momento no se ha considerado necesario[744].

Ciertamente la longitud de los *kirpanes*, cuando se estima que este objeto está permitido, es una de las cuestiones que se deben despejar, pero no resulta sencillo alcanzar un criterio que resulte pacífico. En el caso *Pritam Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital and Rehabilitation Centre*[745], fallado por *Canadian Human Rights* Reporter, el profesor Zemans estimó que el demandante tenía derecho a llevar su *kirpan* mientras estuviese convaleciente en el hospital, siempre que este objeto tuviese una longitud razonable. Sin embargo, en su pronunciamiento no llegó a definir lo que entendía por "longitud razonable"[746].

5.3.- Por parte de las fuerzas del Estado. El ejército y la policía.

Como se ha comentado al inicio de este capítulo, el poder colonial británico conceptuó a los sijs de la *Khalsa* como los mejores guerreros del subcontinente indio. Esto permitió mejorar la posición social del colectivo durante la presencia europea, así como tener una representación en el ejército colonial superior a su peso demográfico. Esta relación se

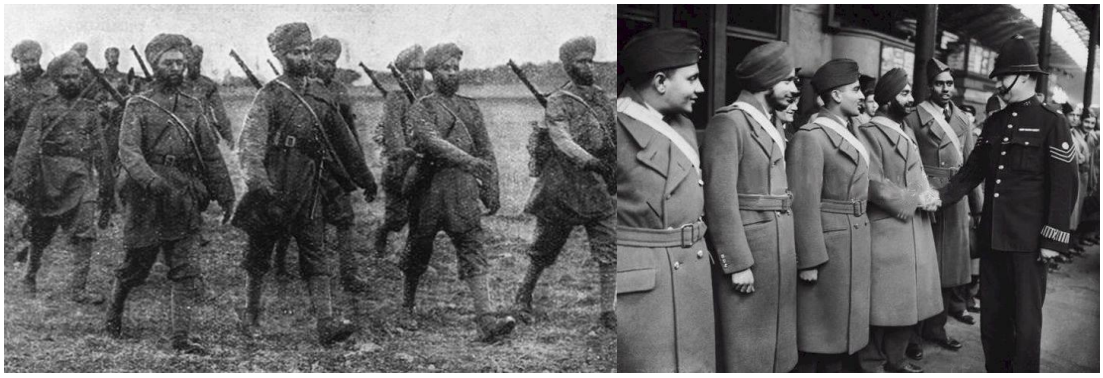
a la aeronave. Sin embargo, de acuerdo al fallo, no demostró que un *kirpan* de punta roma y sin afilar, de longitud inferior a 3,5 pulgadas fuese contrario a los predicamentos de su fe. De forma que se entendió que la norma neutral de Canada 3000 era de aplicación general y estaba conectada racionalmente a las necesidades del negocio, pero no produjo necesariamente efectos discriminatorios en el grupo o el individuo con base en una causa prohibida por la ley. El tribunal apreció la buena fe y el esfuerzo del señor Nijjar por acomodar su creencia y adquirir un *kirpan* que él pensaba que era correcto para poder embarcar, pero aun así entendió que no se había probado la existencia de discriminación y, aunque así hubiera sido, tampoco la empresa podía ser obligada a flexibilizar su criterio pues incurriría en *carga excesiva*.

[744] En la página web de *Canadian Air Transport Security Authority* (CATSA) se hace referencia a los objetos religiosos que pueden pasar a través de la inspección de seguridad antes de embarcar y se indica que los *kirpanes* deben ser guardados dentro de las maletas al ser embarcadas: "*Certain items are not permitted through the pre-board screening checkpoint because they are sharp objects – this includes ceremonials knives and swords (e.g. a kirpan). These items should be packed in your checked baggage*". Consultado el 24 de julio de 2015 en http://www.catsa.gc.ca/breezethrough

[745] (1981), 2 C.H.R.R. D/459.

[746] A esta indefinición acerca de las características que debería tener la daga ceremonial se une, en el caso del reducido espacio de una aeronave, la dificultad de acomodar ciertas prácticas religiosas. En el caso de *Chernack c. Air France*, (2002) Q.C.C.S. 500-05-053073-993, un pasajero de fe judía del vuelo de Montreal a París se levantó para poner en práctica sus oraciones al amanecer. Identificó un espacio, junto a una de las salidas de la aeronave, como óptimo para practicar el rezo, para lo cual se puso de rodillas y empleó sus filacterias mientras sostenía en su mano un libro de oraciones. Un azafato interrumpió su proceder y le invitó a volver a su asiento ya que debía comenzar a servir el desayuno y estaba situado en una zona de paso. A pesar de que la situación degeneró en un episodio desagradable y el demandante se vio obligado a interrumpir sus oraciones, para el tribunal, éste no fue capaz de demostrar que la situación fue producto de una actuación discriminatoria, ni siquiera el intento de causar daños por parte de la aerolínea.

mantuvo inalterada durante los siglos XIX y XX, de forma que en la primera y la segunda guerra mundial hubo soldados sij en el ejército británico sin que surgieran voces que, en aquella situación de necesidad, denunciasen lo impropio de su atuendo o la incompatibilidad del turbante con el uniforme militar.



En la foto de la izquierda se puede ver a soldados sij desfilando en Francia en noviembre de 1914[747].La foto de la derecha muestra a varios militares indios, entre ellos algunos sijs, que llegaron a Londres en 1940 para pelear en la *Royal Air Force* ante la carencia de pilotos cualificados en aquel momento de la contienda[748].

Tras la independencia de la India la presencia sij en el ejército británico disminuyó, lógicamente, aunque siguió estando presente de manera menos visible. En los últimos años esa presencia se ha ido materializando de forma muy evidente hasta el punto de que en 2012 la popular guardia que vigila la residencia oficial de la monarquía británica, el palacio de Buckinham, era reforzada con la presencia de un soldado sij que participó de la ceremonia del cambio de turno con su turbante y su barba, rompiendo así una centenaria e inveterada costumbre[749].

La desconfianza que, a consecuencia de los atentados del 11 de septiembre neoyorkino o las bombas puestas en julio de 2005 en Londres, ha provocado en la ciudadanía el turbante sij ha sido contrastada en el Reino Unido por la reivindicación pública de los servicios

[747] Fuente: Guardian Correspondents; "To show their contempt for death some sikhs have refused to hide in the trenches" en *The Guardian*, 14 de mayo de 2014, disponible en http://www.theguardian.com/world/2014/may/14/excerpts-guardian-reporting-first-world-war

[748] Fuente: Sharma, Manimugdha S.; "World War II Indian pilot honoured with statue in UK" en *The Times of India*, 29 de noviembre de 2014, disponible en http://timesofindia.indiatimes.com/india/World-War-II-Indian-pilot-honoured-with-statue-in-UK/articleshow/45319912.cms

[749] English, Rebecca; "Sikh soldier makes history as he guards Buckinham palace wearing turban instead of traditional bearskin" en *Daily Mail*, 11 de diciembre de 2012, disponible en http://www.dailymail.co.uk/news/article-2246410/Sikh-soldier-makes-history-guards-Buckingham-Palace-wearing-turban-instead-traditional-bearskin.html

que desde el siglo XIX los sijs han prestado en el ejército[750] y que se ha visto traducida por alguna propuesta concreta de incorporación de un regimiento sij[751].

Más allá de la peculiaridad británica en relación con la comunidad sij, en Estados Unidos también encontramos noticias que nos hablan de casos de varios soldados que solicitaron del ejército que sus signos religiosos fuesen acomodados y que obtuvieron una respuesta positiva[752]. Finalmente, a comienzos de 2014, el Departamento de Defensa anunció que había emitido unas instrucciones para gestionar las peticiones de acomodo religioso de los miembros del ejército mediante las cuales se amparaba el empleo de prendas religiosas o vello facial, entre otras medidas. Eso sí, la nueva política no se aplicaría indiscriminadamente sino tras un asesoramiento caso por caso[753].

Fue en Canadá donde se produjo la controversia jurídica más representativa para nuestros intereses ya que involucraba la inclusión de agentes sij y de su simbología religiosa en uno de los cuerpos policiales más conocidos del país, cuyo uniforme aporta una estética peculiar vinculada a la tradición y a la excelencia obtenida en el servicio por el cuerpo, la Real Policía Montada del Canadá (RPMC). Con ocasión de la aprobación de la *Human Rights Act*, el principal cargo del cuerpo (*Commissioner*) decidió abrir la posibilidad de que el código de vestimenta de la policía montada pudiera ser adaptado a aquellos requerimientos derivados de la fe. El departamento encargado de hacer valer el cumplimiento de los derechos humanos en el cuerpo elaboró un informe dos años después en el que se detallaban los pasos a seguir en caso de pretender adaptar la normativa a estas circunstancias e identificó a la comunidad sij como una de las que potencialmente se verían beneficiadas con esta reforma. Sin embargo, en aquel momento no se dio ningún paso más en este sentido. No fue hasta mediados de 1987, en el momento en que la RPMC

[750] Coughlin, Con; "Where would the British army be without the Sikhs?" en *The Telegraph*, 12 de diciembre de 2012, disponible en http://blogs.telegraph.co.uk/news/concoughlin/100193886/where-would-the-british-army-be-without-the-sikhs/

[751] Farmer, Ben; "British army examines plans to create a sikh regiment" en *The Telegraph*, 23 de febrero de 2015, disponible en http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/defence/11430070/British-Army-examines-plans-to-create-a-Sikh-regiment.html

[752] El primer caso que se dio a conocer fue el del médico Kamaljeet Singh Kalsi, The associated Press "Army allows a sikh doctor to serve wearing a turban" en *The New York Times*, 23 de octubre de 2009, disponible en http://www.nytimes.com/2009/10/24/nyregion/24sikh.html?_r=0 ;en la página web de *The Sikh Coallition* se recogen los nombres de los militares de credo sij que desde entonces han obtenido una respuesta positiva al acomodo, disponible en http://www.sikhcoalition.org/army-campaign/sikhs-in-the-us-army/

[753] Pellerin, Cheryl; "Doc releases new religious accomodation instructions" en *American Forces Press Service*, 22 de enero de 2014, disponible en http://www.defense.gov/news/newsarticle.aspx?id=121525

comenzó a favorecer la incorporación de ciertos colectivos con representación minoritaria en el cuerpo, cuando el asunto volvió a activarse. En abril de 1989 se introdujeron las necesarias modificaciones en la normativa interna para favorecer el acomodo de las prendas religiosas. Cuando en 1990 los nuevos estatutos entraron en vigor y comenzaron a adoptarse acomodos concretos, permitiendo en dos casos que los agentes vistiesen el turbante sij en lugar del reglamentario sombrero *Stetson*, las normas fueron impugnadas dando lugar al caso *Grant v. Canada*[754].

Los argumentos de los demandantes se podían agrupar en dos líneas principalmente. La primera tenía que ver con la ruptura de la neutralidad del Estado en materia religiosa. El hecho de que los agentes de un cuerpo de seguridad estatal vistiesen un particular signo de adscripción religiosa podía entenderse como un alineamiento de los poderes públicos con ese credo en particular. De esta forma los artículos 2 y 7 de la CCDL[755] se verían comprometidos. De acuerdo al punto de vista de los demandantes, si la libertad religiosa sólo puede ser ejercida con ausencia total de coacción o restricciones[756], entonces el cambio en la vestimenta de la policía montada podía llevar a la ciudadanía a sentirse cohibida por el hecho de que los agentes exhibieran una concreta filiación religiosa. Sin embargo, el tribunal no entendió que se hubiese probado en el juicio que en la interacción normal entre dos personas se diese una coacción en las ideas religiosas de una de ellas por el hecho de que la otra llevase un signo religioso. Tampoco por el hecho de que quien lo vistiese fuese un agente de una fuerza de seguridad estatal ya que su función de garante de la seguridad pública no se vería afectada por esta circunstancia. Más bien al contrario, los habitantes de un Estado realmente secular están confrontados diariamente con múltiples ideas y símbolos que no comparten necesariamente. El límite a este principio sería la utilización por parte del funcionariado de símbolos o ideas que fuesen discriminatorios, lesivos de los derechos de terceros o bien contrarios a los principios constitucionales del Estado. Tampoco estarían amparadas aquellas actitudes que comprometiesen la función principal del cuerpo o de sus agentes. No es el caso que nos

[754] *Grant v. Canada* (Attorney General) (T.D.) (1995) SCCA No. 394 (SCC Feb 15, 1996)

[755] Art.2 CCDL: "*Everyone has the following fundamental freedoms:*
(a) freedom of conscience and religion."
Art. 7 CCDL: "*Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*".

[756] Planteamiento sostenido por el TSC en el caso *R. v. Big Drug Mart Ltd*, op. cit.

ocupa. Tampoco se presentaron pruebas que demostrasen que la vestimenta de los agentes sij acomodados causase aprensión o coacción en las personas que interactuasen con ellos.

Una segunda línea argumental de los demandantes fue el carácter discriminatorio de los acomodos religiosos llevados a cabo. En este caso se trataría de una pretendida vulneración del artículo 15.1 CCDL[757]. Para que tal circunstancia fuese apreciada habría que probar que otros grupos en situación similar habían visto denegada su solicitud de acomodo. No consta que, tras el acomodo realizado a los agentes sij, hubiese otras solicitudes similares por parte de otros credos que hubiesen sido rechazadas. En cuanto al hecho de que hasta ese momento no se hubiese hecho acomodo religioso alguno en el cuerpo, el tribunal recuerda el dato de que esta política comenzó con el intento de incorporar al cuerpo a colectivos minoritarios que tradicionalmente no habían tenido acceso y que, por tanto, lo que realmente latía bajo la iniciativa del acomodo era un deseo de evitar la discriminación indirecta. En palabras del tribunal:

> *The present case is a perfect example of what has now become a trite observation: accommodation for the purpose of ensuring the equal treatment of unequals, by its very nature, involves, in turn, the unequal treatment of individuals.*[758]

En definitiva, fue precisamente el argumento antidiscriminatorio uno de los que empujó a las autoridades a actuar como lo hicieron, pero no en el sentido esgrimido por los demandantes sino en la orientación inclusiva y coherente con el mandato en favor de la interpretación multicultural prevista por el artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

> *The Commissioner based his decision to allow the turban to be worn as part of RCMP uniform on his understanding that not to allow such would discriminate against Sikhs and, in any event, the wearing of the turban would operate as a demonstration and an acceptance of the present day multicultural nature of Canada*[759].

Los demandantes vieron su pretensión rechazada por el Federal Court (*Trial Division*). Posteriormente apelaron al Federal Court of Canada (*Appeals Division*), el cual confirmó lo dicho por el tribunal inferior. Finalmente, el Tribunal Supremo rechazó su recurso sin

[757] *Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*

[758] *Grant v. Canada*, op. cit.

[759] Ibíd.

ofrecer razones que sostuviesen su decisión. Entonces los demandantes acudieron a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas[760]. Su demanda fue inadmitida ya que no consiguieron demostrar de qué manera el hecho de permitir a los sijs de la *Khalsa* que vistiesen su turbante en lugar del sombrero oficial les resultaba discriminatorio. Al no demostrar tener legitimación para recurrir la medida por ser parte interesada, sus motivos no prosperaron. Éstos estaban basados principalmente en los mismos argumentos empleados ante los tribunales canadienses.

5.4.- Ante los poderes del Estado: los tribunales de justicia y las asambleas legislativas.

La necesidad que tienen las personas iniciadas en la *Khalsa* de llevar el *kirpan* en todo momento presenta dificultades notables cuando deben comparecer ante un tribunal. La controvertida presencia de SDAR en las salas de administración de justicia adquiere, en el caso de la daga ceremonial, componentes que lo vinculan con el concepto de seguridad. Así se vio en Canadá en el caso *R. v. Hothi et al.*[761] que a mediados de la década de los 80 sustanció la demanda de un acusado por ciertos hechos violentos que reclamaba su necesidad de no separarse del *kirpan* y, en consecuencia, comparecer ante el juez portándolo. Éste había desestimado su pretensión, de manera que el tribunal de la provincia de Manitoba que analizó la demanda tuvo que valorar si los criterios empleados fueron adecuados. En este sentido, sin negar la dimensión religiosa del *kirpan*, entendió que la imperiosa necesidad de preservar ciertas condiciones de seguridad para que el entorno en el que se realiza la función de impartir justicia no se viera perturbado, justificaba plenamente la decisión tomada por el juez:

> *The ruling serves a transcending public interest that justice be administered in an environment free from any influence which may tend to thwart the process. Possession in the courtroom of weapons, or articles capable of use as such, by parties or others, is such an influence. A weapon does not cease to be a weapon because it is a religious symbol subject to strictures of the faith regarding use.*[762]

Frente a esta visión tuitiva del entorno en el cual se realiza la función jurisdiccional, que se mantuvo en los tribunales canadienses durante años, se fue abriendo otro punto de vista, como sabemos, que es el de la interdicción de la discriminación indirecta y la

[760] *Riley et al. v. Canada*, Com. No. 1048/2002. U.N. Doc. CCPR/C/74/D/1048/2002 (2002).
[761] *R v. Hothi et al.* (1985), 35 Man. R. (2d) 159 (Man. C.A.)
[762] Ibíd.

necesidad de acomodar aquellas prácticas religiosas de los grupos minoritarios tradicionalmente excluidos de la conformación del espacio público.

En *Lane v. ADGA Group Consultants Inc.*[763] el Ontario Divisional Court mostró preocupación por los efectos discriminatorios que en los individuos provocan el miedo de los demás (fundamentalmente cuando la amenaza es a un riesgo potencial cuya materialización es indefinida) así como por la exclusión de los espacios de socialización que ello acarrea. En aquella ocasión el demandante, Paul Lane, había sido contratado por ADGA Group tras haber demostrado ser el candidato más cualificado en el proceso de selección abierto para cubrir un puesto vacante. Ocho días después de su incorporación el señor Lane comunicó a la empresa la necesidad de realizar ciertos acomodos a consecuencia de la enfermedad que padecía, un desorden bipolar al cual el estrés podía provocar un agravamiento. El demandante ya había sufrido en su experiencia laboral previa el rechazo de empresas empleadoras al conocer el mal que tenía diagnosticado. ADGA no atendió la petición realizada y sus gestores, llevados por la precaución o el miedo por la enfermedad del trabajador, decidieron dar por terminada la relación laboral. Consideraron que existía un riesgo para la operativa de la empresa ya que Lane no era merecedor de confianza, era propicio a provocar riesgos de seguridad y estaba sujeto a bajas médicas prolongadas. La sentencia entendió probado que con posterioridad a su despido el estado de salud del demandante se agravó al sufrir un episodio crítico de su enfermedad.

Por todo ello el tribunal entendió que el potencial de estigmatización y discriminación hacia las personas con discapacidad que este caso mostraba debía ser atajado, de manera que la evaluación y la valoración del riesgo para la empresa no debían depender de una justificación independiente que pudiese conducir a conclusiones discriminatorias, sino que debía ser considerada en el contexto de la *carga excesiva* a partir de evidencias y no de meras especulaciones[764]:

> *ADGA submits that it could not accommodate Lane short of undue hardship because the work being performed by Lane was mission and safety critical and there was no room for error. Where safety is at issue, both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations. I note that risk can only be*

[763] 2008 CanLII 39605 (ON SCDC)

[764] Como ya había sido argumentado previamente por el TSC en los casos *Central Alberta Dairy Pool*, op. cit., *Grismer*, op. cit, *Etobicoke*, op. cit. o *Meiorin*, op. cit.

> *considered in the context of an undue-hardship analysis, not as an independent justification of discrimination: (...) To meet the test of undue hardship, the risk must be "serious". The use of the term undue infers that some hardship is acceptable; it is only "undue" hardship that satisfies the test (...) Undue hardship cannot be established by relying on impressionistic or anecdotal evidence, or after-the-fact justifications. Anticipated hardships caused by proposed accommodations should not be sustained if based only on speculative or unsubstantiated concern that certain adverse consequences "might" or "could" result if the claimant is accommodated*[765].

Precisamente el caso *Lane v. ADGA* fue citado como precedente inspirador en la decisión adoptada por la Fiscalía general de Ontario de permitir el acceso de las personas portadoras del *kirpan* a los tribunales de justicia de esa provincia bajo ciertas condiciones[766]. Para ejecutar este acomodo se alcanzó un acuerdo con el cuerpo de policía de Toronto a fin de que sus agentes comprobasen que se cumplían las condiciones previstas[767]:

- Identificación previa del interesado ante el oficial del tribunal de haber sido iniciado en la *Khalsa* y estar interesado en acceder con *kirpan*.
- Todos los artículos de fe deben estar disponibles para ser chequeados en caso de ser requerido.
- La longitud total del *kirpan*, incluida su empuñadura no debe exceder de loas 7,5 pulgadas (19 cm.) y su filo no ser superior a las 4 pulgadas (10 cm.).
- El *kirpan* debe quedar oculto bajo el ropaje, no ser fácilmente accesible y permanecer así durante todo el juicio.

Con posterioridad a esta medida, e imponiendo similares condiciones, los tribunales de las provincias de Alberta[768] y la Columbia Británica[769] aceptaron el uso del *kirpan*.

La asistencia de los portadores de la daga ceremonial a las asambleas legislativas canadienses también ha sido una materia controvertida y ha dado lugar a diversas reacciones. En enero de 2011 cuatro sijs fueron invitados a comparecer en la Asamblea

[765] *Lane v. ADGA Group Consultants Inc.*, op. cit. §116-118.

[766] Davidson, Terry; "Kirpans now allowed in Ontario Courtrooms" en *Toronto Sun*, 16 de mayo de 2012, disponible en http://www.torontosun.com/2012/05/16/kirpans-now-allowed-in-ontario-courts

[767] Ontario Human Rights Commission; "Khalsa sikhs can wear kirpan in Toronto courthouses" en *OHRC.on.ca*, 15 de mayo de 2012, disponible en http://www.ohrc.on.ca/en/news_centre/khalsa-sikhs-can-wear-kirpan-toronto-courthouses

[768] Cotter, John; "Kirpans allowed in Alberta courts, sikhs can wear religious knives" en *Huffington Post*, 28 de enero de 2013, disponible en http://www.huffingtonpost.ca/2013/01/28/alberta-policy-allows-sikhs-kirpan-religious-knives-in-court_n_2568248.html

[769] Knox, Jules; "Small ceremonial swords to be allowed in B.C. courthouses" en *The Globe and Mail*, 10 de abril de 2013, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/small-ceremonial-swords-to-be-allowed-in-bc-courthouses/article11039099/

Nacional de Quebec ante el comité legislativo que debatía una propuesta de ley acerca del *acomodo razonable* de las minorías religiosas. Los cuatro invitados debían prestar su testimonio en el debate sobre el derecho que podían tener las mujeres que así lo deseasen a llevar el *niqab* en público. Sin embargo, no llegaron a comparecer ya que en el detector de metales del acceso a la cámara se les invitó a desprenderse de sus *kirpanes*, a lo que ellos se negaron[770]. Un mes después de este incidente el pleno de la Asamblea Nacional aprobaba por unanimidad una propuesta del Parti Québécois, entonces en la oposición y apoyada por el gobernante Partido Liberal, para prohibir el acceso a sus dependencias portando la daga ceremonial sij[771].

De manera contemporánea, y como reacción a la polémica y la decisión tomada en Quebec, el parlamento federal canadiense votó mayoritariamente en contra de prohibir el *kirpan*[772]. De hecho, se daba la circunstancia de que los últimos seis años un miembro del parlamento, Navdeep Bains, elegido en representación del partido Liberal acudía a las sesiones portando *kirpan* sin que hubiese ocurrido problema alguno ni surgido ninguna controversia[773]. El encargado de la seguridad en la cámara, Kevin Vickers, que años después ganaría fama mundial al repeler el ataque de un hombre armado que disparó contra el parlamento con intención de provocar una matanza[774], manifestó su predisposición a facilitar la utilización de este artículo de fe[775].

---

[770] Séguin, Rheal; "Invited to Quebec legislature, sikhs the barred for wearing kirpans" en *The Globe and Mail*, 18 de enero de 2011, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/politics/invited-to-quebec-legislature-sikhs-then-barred-for-carrying-kirpans/article562406/

[771] Ctvmontreal.ca; "National Assembly unanimously supports kirpan ban" en *News Montreal*, 9 de febrero de 2011, disponible en http://montreal.ctvnews.ca/national-assembly-unanimously-supports-kirpan-ban-1.605867

[772] Montpetit, Jonathan "Liberals, NDP side against kirpan ban in parliament" en *Tb News Watch*, 21 de enero de 2011, disponible en http://www.tbnewswatch.com/News/128292/Liberals,_NDP_side_against_kirpan_ban_in_Parliament

[773] "*I have visited other parliaments, the Supreme Court of Canada and the United States Congress. I have always worn my kirpan and it has never been a problem. Our discussion must be reasonable and respectful and it must avoid the type of rhetoric that serves only to divide Canadians. In my work, I have always promoted respect and understanding. This is the Canada that I grew up in and the Canada that I want for my two daughters."* Intervención de Navdep Bains en el parlamento canadiense, 31 de enero de 2011 en *OpenParliament.ca* disponible en https://openparliament.ca/debates/2011/1/31/navdeep-bains-1/only/

[774] Barbash, Fred; "Thank God for Kevin Vickers, Canada's new national hero" en *The Washington Post*, 23 de octubre de 2013, disponible en http://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2014/10/23/thank-god-for-sgt-at-arms-kevin-vickers-canadas-new-national-hero/

[775] Taber, Jane; "Parliament to accept and embrace wearing of kirpans, sergeant-at-arms explains" en *The Globe and Mail*, 2 de junio de 2011, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/politics/ottawa-notebook/parliament-to-accept-and-embrace-wearing-of-kirpan-sergeant-at-arms-explains/article614877/

Mientras en Canadá existe un debate público en torno al *kirpan*, en Estados Unidos no se ha articulado a nivel nacional una cuestión similar. Ocasionalmente surgen noticias acerca de personas que no han sido seleccionadas para formar parte de jurados a consecuencia de portar el *kirpan*[776] o que han sido obligadas a abandonar la sala de vistas por no ser considerado el turbante una prenda apropiada para comparecer con él[777].

Hasta ahora hemos visto cómo se ha gestionado un signo religioso que puede ser percibido como un peligro para la seguridad y la integridad de un juzgado. Nos podemos preguntar por la forma de gestionar aquellas prendas que podrían interferir con el desarrollo de las vistas y, en consecuencia, afectar a los derechos de terceras personas. No parece ser el caso del turbante o del *hiyab*, pero sí el del *niqab*. Nos parece que merece la pena detenerse en el análisis de esta prenda ya que su alcance podría contribuir a arrojar algo de luz a otras vestimentas religiosas que no cubren el rostro de quienes las portan. El TSC tuvo que ponderar dos bienes jurídicos que entraban en colisión (libertad religiosa frente al derecho a un juicio justo) en *R. v. N.S.*[778], y lo hizo rechazando de entrada la solución de buscar el establecimiento de una norma o pauta general y clara (como le exhortaron cada una de las partes). Fijar un criterio que prohibiese siempre comparecer con *niqab* o bien un criterio que lo permitiese en cualquier ocasión fue considerado

[776] Hafiz, Yasmine; "California sikh man, Gursant Singh, barred form jury duty for carrying religious dagger, kirpan" en *Huffington Post*, 5 de enero de 2014, disponible en http://www.huffingtonpost.com/2014/05/01/gursant-singh-jury-duty-dagger-kirpan_n_5246955.html ; Kemp, Joe; "Sikh truck driver labelled terrorist by Mississippi traffic cops before judge calls man's turban that rag" en *New York Daily News*, 28 de septiembre de 2013, disponible en http://www.nydailynews.com/news/national/sikh-truck-driver-labeled-terrorist-mississippi-traffic-cops-judge-calls-man-turban-rag-aclu-article-1.1470362

[777] También se dan casos de personas que han sido conminadas a abandonar la sala de juicios por llevar el turbante y que, posteriormente, al conocer los jueces las circunstancias y carácter religioso con el que las prendas eran vestidas, haber enviado cartas de disculpa, así como proceder a acomodar las normas para favorecer la práctica religiosa. SALDEF (Sikh American legal defence and education fundation), la organización de defensa de los derechos del colectivo sij más antigua de EEUU, dio a conocer un caso de este tipo protagonizado por Jasmeen Singh Nanda. SALDEF ""Georgia Court apologizes to sikh American denied entry into court house due to his turban", en *SALDEF.org*, 29 de mayo de 2007, disponible en http://saldef.org/news/georgia-court-apologizes-to-sikh-american-denied-entry-into-court-house-due-to-his-turban/#.Vbj0m_ntmko ; Un caso curioso es el de Hardeep Singh quien asistió a un juicio en el condado de Kalamazoo (Michigan). Antes de comenzar, el juez se dirigió a él pidiéndole que se retirara "el sombrero" o bien abandonase la sala, cosa ésta última que hizo finalmente. Poco después, con la ayuda de su abogado reclamó ante el juzgado que las prendas sijes fuesen acomodadas. Cuando el juez tuvo conocimiento del escrito del señor Singh le envió una carta disculpando su comportamiento, producto de su ignorancia de los preceptos del credo sij y, posteriormente, inició el procedimiento para acomodar la normativa del juzgado a la práctica religiosa, tal y como se le había solicitado. Sahib, Fatehgarh; "US judge sends apology letter for calling turban a hat" en *Hindustan Times*, 12 de septiembre de 2013, disponible en http://www.hindustantimes.com/patiala/michigan-judge-sends-personal-letter-of-apology-for-misconduct/article1-1120813.aspx

[778] *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72

insostenible por lesionar de manera desproporcionada el bien jurídico opuesto. Optar por una postura permisiva podría conducir a desproteger el interés de la parte acusada a un juicio justo y en el correlativo empeño del Estado en fomentar la confianza en la administración de justicia, así como en la fiscalización de aquellas convicciones que puedan resultar dañinas. Por otro lado, una postura conducente a una prohibición general se jugó como contraria a la tradición canadiense y a lo que la jurisprudencia del TSC ha sostenido:

> *At the other end of the spectrum lies the approach that says the courtroom must be a space in which individuals' particular religious convictions have no place. On this view, if the niqab is an expression of the wearer's religious views, it has no place in the courtroom. Courtrooms should be "neutral" spaces, operating on "neutral" principles. Changes of procedure on religious grounds should therefore not be allowed, it is argued. In my view, this option must also be rejected. It is inconsistent with Canadian jurisprudence, courtroom practice, and our tradition of requiring state institutions and actors to accommodate sincerely held religious beliefs insofar as possible. Importantly, it limits religious rights where there is no countervailing right and hence no reason to limit them. As such, it fails the proportionality test which has guided Charter jurisprudence since Oakes in 1986*[779].

En el caso en cuestión la demandante N.S. denunció a su tío y al hijo de éste por haber abusado sexualmente de ella. Cuando fue citada al juzgado para prestar declaración advirtió que por sus creencias religiosas debía vestir el *niqab* y que deseaba prestar declaración de esa guisa. Prestar testimonio con el rostro cubierto podría resultar lesivo para los acusados ya que la credibilidad del testimonio prestado por la demandante podría estar en tela de juicio debido a que ni el juez ni el jurado tendrían visión directa de su rostro, no podrían testar la sinceridad de sus palabras ni hacer un juicio de valor de la veracidad de su acusación.

Desde nuestro punto de vista el valor de este fallo reside en el camino jurídico que emplea para llenar de contenido el análisis conducente a determinar la eventual limitación de la libertad religiosa, de manera coherente a los test establecidos en las sentencias ya comentadas de *Oakes* y de *Multani*. Como criterio general el tribunal estimó que se debería pedir a la testigo que se retirase su prenda si ello fuese necesario para la equidad

[779] *Ibíd.* §50-51.

del juicio por no existir alternativas razonables y en segundo lugar si los efectos beneficiosos de la retirada de la prenda superasen a los efectos perjudiciales.

Para ello la juez ponente McLachlin se plantea cuatro preguntas con las que encarar los test de necesidad y de proporcionalidad: las dos primeras buscan atribuir un peso a los bienes jurídicos en juego y las otras dos ponderar el valor de los mismos en el conflicto, así como determinar si las medidas eventualmente adoptables son proporcionales. La primera pregunta que hay que hacer pretende responder a la cuestión de si la acción de testificar con *niqab* por parte de la demandante está amparada por su libertad religiosa (¿supone el requerimiento hecho a la demandante para que se retire su *niqab* una interferencia con su libertad religiosa?). En segundo lugar, se debe discernir si requerir de la compareciente que muestre su rostro es necesario para garantizar la equidad en el juicio (¿permitir a la testigo dar su testimonio con *niqab* menoscaba la imparcialidad del proceso?). En tercer lugar, se plantea la búsqueda de medidas alternativas que puedan salvaguardar ambos bienes jurídicos confrontados (¿se pueden acomodar ambos derechos y evitar el conflicto entre ambos?) En cuarto lugar, se pregunta, en caso de que no haya una solución de compromiso, si los efectos saludables de dar preponderancia a uno de los intereses en juego superan a los efectos perniciosos de restringir el otro derecho (si no hay posibilidad de *acomodo razonable* ¿los efectos positivos de pedir a la demandante que se retire la prenda religiosa superan a los negativos?).

La primera pregunta tiene en el fallo una respuesta afirmativa. Si la demandante lleva el *niqab* por motivos religiosos y lo hace de manera sincera (sin que se haya demostrado lo contrario) su situación estaría contemplada por el artículo 2 (a) CCDL. En cuanto a la segunda pregunta, se entiende que el examen de la persona que testifica, mediante su visión directa (cara a cara), puede tener incidencia en la imparcialidad y limpieza del juicio. La acción de interrogar va más allá de escuchar las respuestas, la percepción de las expresiones faciales tiene peso en la toma de postura acerca de lo manifestado.

Fijados ambos lados de la balanza, la tercera pregunta cuestiona sobre la posibilidad de encontrar un punto de no fricción entre ambos extremos. Se trata de resolver el conflicto de manera que se preserven al máximo los derechos en juego. Es el acomodo o la búsqueda de medidas alternativas disponibles. La indagación de ese eventual acomodo debe hacerse con base en las evidencias presentadas por las partes. En caso de que no haya un posible acomodo disponible, se debe evaluar si los beneficios de interferir en la

libertad religiosa de la demandante superan a los perjuicios ocasionados. Aquí está la proporcionalidad *stricto sensu*, en la cual se deben analizar los efectos de la decisión. Entre los perjuicios se sugirió que, en caso de obligar a la demandante a retirar su *niqab*, esto podría dar lugar a que otras mujeres en su misma situación decidiesen no denunciar hechos graves como los que se debían sustanciar en el juicio penal. Entre los efectos beneficiosos figuran, no cabe duda, los de garantizar un juicio justo que, por descontado, supone uno de los fundamentos del principio del imperio de la ley. En este punto del análisis se puede concluir que si el testimonio de la demandante resulta relevante, el examen directo por parte del juez podría entenderse como indispensable:

> *At this point, however, it may be ventured that where the liberty of the accused is at stake, the witness's evidence is central to the case and her credibility vital, the possibility of a wrongful conviction must weigh heavily in the balance, favouring removal of the niqab*[780].

Nos parece que las pautas que fija esta sentencia para la resolución de conflictos análogos resumen muy bien el enfoque canadiense sobre la materia, tanto en lo referente a la sensibilidad aportada cuando se trata de gestionar la diversidad religiosa como en la aplicación de los test de necesidad y proporcionalidad de los que nos ocupábamos en el capítulo 2. En aquella ocasión recordábamos que la evaluación de la necesidad de la limitación de un derecho fundamental descansaba en la determinación, en primer lugar, de una causa legítima de las previstas en la ley (hemos visto cómo en la *ratio decidendi* propuesta por la magistrada McLachlin se hace una exhaustiva definición de los bienes jurídicos en juego y en la naturaleza de su confrontación) y, en segundo lugar, de la fiscalización de la proporcionalidad de la medida adoptada. Tal proporcionalidad debía satisfacer tres indicadores: tenía que ser apropiada (equilibrio entre los medios empleados para proteger el interés legítimo y los fines obtenidos), necesaria (oportuna a fin de obtener el objetivo propuesto) y proporcional *stricto sensu*, es decir, que el perjuicio ocasionado con la vulneración del derecho fundamental afectado no puede ser mayor que el beneficio obtenido con la medida limitadora. La preocupación por aportar un análisis que refleje estas consideraciones (que no en vano son principios inspiradores de la práctica constitucional) es lo que refleja el fallo comentado.

[780] Ibíd. §44

III.- RECAPITULACIÓN

> La neutralidad cosmovisiva del poder estatal, que garantiza las mismas libertades éticas para todos los ciudadanos, es incompatible con la generalización política de una visión del mundo laicista. Los ciudadanos secularizados, en cuanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas.
>
> Jürgen Habermas – *Dialéctica de la secularización*

Hemos sostenido que la creciente diversidad cultural y étnica de nuestras sociedades precisa de instrumentos adecuados que sirvan para gestionar las realidades que de ella se derivan. Se trata de un proceso en el que hay que ir superando miedos y prejuicios. AlSayyad y Castells sostenían que "*el problema de la Europa actual no estriba en no ser multiétnica sino en no considerarse tal*"[781]. En los capítulos 3 y 4 hemos explorado el enfoque normativo y la aplicación jurisprudencial que, para la gestión del empleo de SDAR, se dan en Estados Unidos y Canadá, haciendo especial énfasis en la simbología personal de la religión sij. En Norteamérica la preservación de la diversidad religiosa fue considerada un elemento fundacional de ambos Estados, de manera que tanto el libre ejercicio de las convicciones personales como la prohibición a los poderes públicos para que interfiriesen en ellas quedaron fijados tempranamente en sus textos constitucionales, aunque con formulaciones diferentes. Posteriormente, a mediados del siglo XX, la enunciación del principio antidiscriminatorio en su vertiente religiosa no quedó simplemente relegada a una mención abstracta o vacía de contenido. El rol que este precepto tiene en la participación y la inclusión social de los individuos condujo a la convicción de que para sanar o evitar la discriminación por efecto adverso o discriminación indirecta se debería implementar alguna forma de acomodo religioso.

Es cierto que en el caso estadounidense el *acomodo razonable* se ha mantenido en el ámbito de las relaciones laborales privadas y que la obligación para la empresa empleadora ha quedado atenuada por la interpretación *de minimis* que el TSEUA hizo en los casos *Hardison* y *Philbrook*. Sin embargo, también es cierto que la lógica del acomodo y del reconocimiento de la discriminación indirecta ha favorecido algunas decisiones

[781] AlSayyad, Nezar y Castells, Manuel "El Islam y la identidad cambiante de Europa" en AlSayyad, N. y Castells, M. (eds.) *¿Europa musulmana o euro-islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, Madrid: Alianza editorial, 2003, pp. 19-25.

garantistas en favor de la libertad religiosa y del acomodo de prácticas minoritarias (por ejemplo, en los casos *Kohli*, *Abercrombie* o *Jaggi*). En cuanto a la relación de los poderes públicos con la libertad religiosa de la ciudadanía, tras el rechazo del *test de Shebert* por el TSEUA y la declaración de inconstitucionalidad de la RFRA en su aplicación a los Estados y a los gobiernos locales, se produce un doble camino. Cuando el conflicto afecta a instituciones públicas estatales o locales hay que atender si ese Estado ha aprobado o no una RFRA propia. En caso contrario estaría vigente la excepción incluida en *Smith* para las normas neutrales de aplicación general, salvo los casos previstos en RLUIPA para uso de tierras y personas que viven en instituciones públicas (como es el caso de las prisiones). Si la controversia sobre el uso de distintivos religiosos afecta al gobierno federal, entonces sigue vigente la RFRA[782].

Pero ha sido Canadá el país que ha implementado en mayor grado la figura del *acomodo razonable* en su ámbito original de las relaciones laborales privadas y ha dotado de contenido a un término indefinido como es la *carga excesiva*. Lo ha hecho desde la perspectiva de la negociación entre las partes, atendiendo a las circunstancias que concurren, pero también desde la convicción de fomentar la igualdad material por encima de los requisitos formales que tradicionalmente se han relacionado con el principio de igualdad. Finalmente, ha extraído al *acomodo razonable* del terreno en el que nació y ha llevado su lógica a otros espacios en los que la manifestación de la libertad religiosa también resultaba controvertida y en los que era necesario ofrecer un nuevo marco de análisis.

Ya se ha hecho referencia a la sentencia *Multani* que, más allá de su relación con la realidad sij, contiene para nuestro estudio reflexiones verdaderamente inspiradoras. No obstante, es sabido que este caso elevó varios grados la discusión pública que en Canadá, y en Quebec particularmente, se estaba llevando a cabo acerca de las llamadas políticas de acomodo. La comisión Bouchard-Taylor, convocada posteriormente, tuvo el mérito de ordenar el debate y ofrecer pautas para su comprensión sosegada. Aun así, como posiblemente no podía ser de otra manera, el desencuentro de ideas ha continuado, pero el término "acomodo" (en su sentido formal e informal, jurídico y sociológico, cívico y político) continúa siendo de uso común en la esfera pública canadiense, y estimamos que

[782] Ya se vio en el capítulo 3 la referencia contenida al acomodo de las necesidades religiosas del funcionariado público en los puestos de la administración federal a raíz de las directrices emitidas en 1997.

ello es realmente un síntoma de una sociedad que, más allá de sus limitaciones, se comprende a sí misma como diversa y dispuesta a seguir mirando de frente a un desafío ineludible y apasionante que configurará a la población canadiense en un sentido u otro para las próximas generaciones. En la medida en que todas las sociedades tendremos que despejar esta incógnita, no resulta una tarea estéril precisamente tomar nota del potencial que este instrumento puede aportar. En los casos que hemos analizado se han podido apreciar algunas diferencias con los enfoques adoptados en las sentencias del capítulo 2.

En primer lugar, podríamos destacar el respeto a la autonomía de la voluntad de la persona religiosa. Algunas sentencias del capítulo 2 se han distinguido por la inclusión de afirmaciones en las que se ponía en duda el carácter razonable, o incluso la autonomía de la voluntad, de la persona que se guía por criterios religiosos (*Dahlab*, *Leyla Sahin*, *Nawja Malha*[783]). El respeto a las creencias de los individuos, siempre que no se demuestre su insinceridad (verdadero requisito del principio de laicidad), exige que los poderes públicos no expresen reproche o adhesión a las mismas. Por mucho que para nuestra mentalidad occidental quede fuera de la esfera de lo razonable el hecho de pretender llevar una daga ceremonial al colegio o no despojarse del turbante en ningún momento del día salvo al acostarse, se trata de una creencia derivada de una afiliación religiosa y es desde esos parámetros desde los que hay que comenzar a razonar.

Relacionado con lo anterior, en el *acomodo razonable*, el segundo de los términos de la ecuación (lo razonable) no se va a medir en relación con la creencia. No se trata de estimar si la práctica religiosa concreta es razonable o no, sino que la evaluación de la razonabilidad del acomodo se hace a partir de las circunstancias que concurren de manera probada y no meramente especulativa. Esto supone, metodológicamente, otorgar en el test de proporcionalidad inherente al *acomodo razonable* (pero también inherente a cualquier juicio en el que se ventile una causa relativa a la limitación de la libertad religiosa de los individuos) un peso siempre igual a la mencionada libertad religiosa y

[783] Ya se han comentado en su momento las, a nuestro juicio, impropias consideraciones realizadas por los tribunales en estos y otros casos. *"... it cannot be denied outroght that the wearing of the headscarf might have some kind of proselytizing effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality*" Dahlab c. Suiza, op. cit.; "*... The Court does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts ..."* Leila Şahin c. Turquía, op. cit.; "*Además resulta bastante curioso que la alumna se vistió con normalidad desde el primer curso de ESO… más de cuatro años después decidió acudir al instituto llevando el velo islámico, lo cual resulta bastante incomprensible*" Caso Nawja Malha, op. cit.

ponderar, en el otro lado de la balanza, el peso atribuible a las circunstancias probadas que concurren, rechazando aquéllas basadas en meras especulaciones. Esta es la clave, desde nuestro punto de vista, que se echa de menos en el test de proporcionalidad desarrollado por el TEDH en *Dhalab* y en *Sahin* y que lo diferencia del realizado en *Multani* o en *Kholi*, por ejemplo. El precio que los demandantes tienen que pagar por su no conformismo y por seguir los preceptos de su fe es el de perder un empleo que se ha ejercido durante años con el *hiyab* sin que constase queja alguna, seguir sus estudios en el extranjero, desescolarizarse a los 10 años o resignarse a seguir soportando entrevistas de trabajo discriminatorias hacia su aspecto. Tener en cuenta que ese peaje viene marcado por el ejercicio de un derecho fundamental es a lo que nos referimos con nuestra defensa de otorgarle un peso constante en la balanza. Da la impresión de que con las alusiones a la falta de autonomía de las personas o a su condición de víctimas de un tipo de fanatismo puesto en práctica por otras personas en otros contextos diferentes, lo que se pretende es relativizar la fuerza que la práctica de la fe tiene en la ecuación que debemos resolver. Cuando abogamos por un peso constante de esta variable no queremos decir peso absoluto, pues serán las condiciones de su ejercicio, colocadas en el otro lado de la balanza, las que nos indicarán de qué manera o bajo qué condiciones se debería llevar a la práctica ese precepto religioso.

El acomodo no es una mera cuestión de tolerancia, actitud en la que una parte se coloca en la situación de permitir algo a la otra y, por tanto, ambos extremos parten de una situación de desequilibrio. El test del *acomodo razonable* se hace desde la evaluación del principio de igualdad y desde la ponderación caso por caso de las necesidades religiosas y del contexto en el que van a desarrollarse. Hemos visto cómo en Estados Unidos fue la formulación del principio antidiscriminatorio en la Ley de Derechos Civiles en la década de los 60 la que dio comienzo al debate acerca de hasta dónde llegaba esa prohibición (fuero interno y/o fuero externo). El reconocimiento de la figura de la discriminación por efecto adverso condujo a rechazar aquella comprensión de la discriminación religiosa basada exclusivamente en una idea de la igualdad formal, tuitiva del fuero interno de los individuos y que prohibiese meramente la discriminación intencional. Por tanto, la obligación de acomodar no surge en un contexto de llamamiento a la tolerancia del diferente sino de manera coherente con la dimensión negativa de la libertad religiosa propia del enfoque liberal del *common law*. Resulta representativo, en este sentido, el rechazo a la igualdad formal contenido en el fallo del caso de los hermanos Cheema en

Estados Unidos, cuando el tribunal reconoció que tratar igual a todo el alumnado no es constitutivo de un *compelling State interest*.

En la figura de la discriminación por efecto adverso o discriminación indirecta, sobre todo en la concepción del TSC que condujo al acomodo religioso, hay un importante elemento de toma de conciencia de la forma en la que el espacio público se ha ido conformando y de cómo han sedimentado las relaciones de poder. El acceso al espacio público está relacionado con el derecho que tiene la ciudadanía a participar en la vida política, económica, cultural y social. Es labor de los poderes públicos promover las condiciones para que ello se produzca. El libre ejercicio de la religión, de manera individual o en grupo, es una de las formas que los individuos tienen para socializar y participar en la vida civil. Como ha puesto de relevancia José Casanova, "*las identidades religiosas colectivas han sido una de las formas principales de estructurar el pluralismo social interno en la historia norteamericana*"[784]. Un proceso que en Europa adquiere características diferentes[785].

Particularmente el acomodo tiene que ver con la negociación de la forma de configurar el espacio público más que con la pura exención. No era un estatus privilegiado lo que buscaba Hardison en su cambio de turno en TWA, visto que se ofreció voluntario para asumir el turno de domingo a jueves. Tampoco pretendía la familia Multani obtener un trato especial ya que entendió, en el proceso negociador abierto con la dirección del centro escolar, que su hijo tendría que verse sometido a exámenes constantes por parte del profesorado para comprobar que las condiciones de vestimenta del *kirpan* eran las adecuadas. En el caso británico se ha visto cómo, particularmente con la comunidad sij, se introdujeron excepciones en la ley para permitir en determinados ámbitos la vestimenta del turbante (*Employment act* -1989-, *Road Traffic Act* -1988- y *Criminal Justice Act* -1988-). Coincidimos con Hill y Sandberg en que tal forma de legislar sí que está más conectada con la idea de tolerancia que con la de ejercicio positivo de un derecho fundamental. De hecho, de acuerdo a este enfoque normativo, las lesiones laborales que pudiera sufrir una persona que llevase turbante en lugar de casco rígido correrían por su

[784] Casanova, José; "La inmigración y el nuevo pluralismo religioso. Una comparación Unión europea/Estados Unidos", *op. cit.*, p. 23

[785] Ibíd, p. 21: "*Debido a presión en pro de la privatización de la religión, que en las sociedades europeas se ha convertido en una característica que se da por sentada de la autodefinición de una sociedad secular moderna, estas sociedades tienen una dificultad mucho mayor para reconocer a la religión un papel legítimo en la vida pública*"

cuenta y riesgo sin que tuviese derecho a ciertas fórmulas de reparación previstas por ese mismo texto legal[786].

A pesar de la concepción y aplicación del *acomodo razonable* hasta el momento al otro lado del Atlántico, su articulación a partir de la discriminación indirecta lo podría emparentar con nuestra tradición jurídica. En cualquier caso, hay dos pasos metodológicos en todo análisis de una eventual limitación de la libertad religiosa que también pueden ser tenidos en cuenta y que comparten ambas tradiciones: los test de necesidad y de proporcionalidad. Hemos visto, en los casos analizados, cómo la seguridad ha aparecido como un elemento que puede limitar legítimamente la libertad religiosa. Tanto la propia seguridad (materializada, por ejemplo, en los requisitos profesionales de buena fe impuestos a las personas empleadas en el ejercicio de su labor) como en la seguridad pública (que en los aeropuertos aparece como un interés preponderante del Estado). En estos casos, el test de necesidad se plantea como una colisión de bienes jurídicos que precisa de la definición de los mismos, así como de la especificación de la forma en la que estos bienes quedan afectados a partir de hechos probados y no de meras especulaciones. Se evitan así menciones genéricas y no sostenidas por la evidencia a valores, en ocasiones explicitados por la ley y en otras ocasiones más abstractos. No podemos dejar de recordar aquí las referencias al principio de laicidad, a la igualdad de género o al concepto de *living together* que, entre otros motivos, hemos visto argüidos en fallos del capítulo 2. Son, no cabe duda, bienes o conceptos merecedores de tutela, pero no quedaba claro en las sentencias comentadas de qué manera quedaban afectados o qué peso adquirían en la ponderación del tribunal, cuyos motivos, por esta razón, contenían una notable carga de abstracción.

También comentamos en el capítulo 2 que, en ocasiones, cuando la legitimidad de la limitación quedaba probada, se entendía justificada esa interferencia sin que se adverase la proporcionalidad de la medida adoptada. Como apunta Bosset, de cierta manera, el test de proporcionalidad y el enfoque de *least retrictive means* adoptado por el TEDH juegan un papel similar al del *acomodo razonable* cuando se trata de determinar la compatibilidad de la limitación con lo indicado por el CEDH[787]. La ponderación de la

[786] Hill, Mark y Sandberg, Rusell; "Is nothing sacred? Clashing symbols in a secular world" en *Public Law*, 2007, pp. 488-506.

[787] Bosset, Pierre; "Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey", *op. cit.* p. 201.

proporcionalidad, tal y como se ha entendido por los tribunales canadienses, ha conducido en ocasiones a demandar acomodos para las prácticas concretas a partir del que hemos reclamado como el verdadero motor del acomodo: la negociación (bien por las partes implicadas en un primer momento o bien por el propio tribunal, cuando la causa se ha judicializado, tratando de conciliar los bienes jurídicos en conflicto).

El TEDH no ha alcanzado esas conclusiones, aunque también ha reconocido la figura de la discriminación indirecta. En el Derecho europeo una norma conceptuada como discriminatoria es aquélla que no pasa el test de objetividad y, por tanto, sería nula. El TSC ha entendido que una norma puede ser legítima y estar plenamente justificada (el reglamento escolar del centro al que asistía Multani) pero precisar cierto acomodo para evitar el trato diferencial y que pase por modificar esa normativa o estándar de comportamiento. Retomando las palabras de Bosset[788]:

> *The Canadian Court went so far as to impose a duty to consider alternative approaches when actually drawing up standards, so that individuals do not have to bear the burden of asking for adjustments or exceptions.*

La lógica del *acomodo razonable* supone también un esfuerzo por huir de visiones etnocéntricas. En *Pandori*, *Cheema* y especialmente *Multani* la reflexión que hacen los tribunales acerca del *kirpan* como arma o elemento religioso resulta muy ilustrativa de ese intento por escapar de la lógica etnocéntrica de lo que nos parece normal por el hecho de estar habituados a ello, sin caer en la cuenta de que múltiples objetos que tenemos a nuestro alrededor y usamos cotidianamente pueden ser empleados como armas mortales y, sin embargo, nunca se nos ocurriría, en nuestro devenir cotidiano, usarlos en contra de nuestros vecinos. Se ha podido comprobar cómo la mayoría de las sentencias comentadas han reconocido el valor religioso al *kirpan* huyendo de atribuciones unilaterales de significado por parte de los tribunales.

También se ha apreciado, de manera explícita, el rechazo a gestionar la diversidad a partir de prohibiciones generales del uso de SDAR. En el caso *R v. N.S.*, en el que se ventilaba una cuestión tan delicada como la de testificar con el *niqab* por parte de una mujer que denunció haber sido víctima de abusos sexuales por parte de sus parientes, encontramos varias afirmaciones en las que el tribunal entiende que la gestión de este tipo de realidades

[788] Ibíd.

a partir de prohibiciones generales de uso de ciertas prendas no sólo no es compatible con la tradición canadiense sino con la propia legislación de los derechos humanos. Tal enfoque supone entender que las controversias originadas, por más que puedan provocar alarma en la opinión pública, deben ser afrontadas como conflictos de derechos y, por tanto, emprender un camino analítico que lleve a definir cuál es el peso atribuible a cada derecho, cómo podrían conciliarse para evitar ese choque y, finalmente, ofrecer una alternativa proporcional en la que la limitación del derecho sacrificado no vaya más allá de lo que precisa el derecho preponderante para poder ser salvaguardado:

> *An absolute rule that courtrooms are secular spaces where religious belief plays no role would stand as a unique exception to this approach. No attempt to accommodate the witness's sincere religious belief would need to be made. No effort to minimize the intrusion on the right would need to be considered. The reconciliation between competing rights that we have advocated case after case would not be attempted. Why? Simply because the venue where the rights clash is a courtroom (…) Second, to remove religion from the courtroom is not in the Canadian tradition (…) Third, the Canadian approach in the last 60 years to potential conflicts between freedom of religion and other values has been to respect the individual's religious belief and accommodate it if at all possible (…) A total ban on religious face coverings for all evidence given by all witnesses in the courtroom would mean that freedom of religion is being limited in situations where there is no good reason for the limit. As discussed above, uncontested and uncontroversial evidence does not engage the fair trial interest. A total ban that would permit the state to intrude on freedom of religion where it cannot be justified is not consistent with the premise on which the Charter is based — a generous approach to defining the scope of the rights it confers, coupled with the need to justify intrusions on those rights because of conflicting interests or the public good*[789].

No nos puede pasar desapercibido que estas afirmaciones del TSC, hechas en torno al uso del *niqab,* posiblemente tenían en mente el proyecto de ley (Bill 94) que la Asamblea Nacional de Quebec había discutido. El gobierno del primer ministro quebequés Jean Charest, del partido liberal, presentó en 2010 el proyecto bajo la denominación "*An Act to establish guidelines governing accommodation requests within the administration and certain institutions*"[790]. El opositor *Parti Québécois* (PQ) rechazó la medida por entender

[789] *R v. N.S.*, op. cit. § 52-56.

[790] Texto del proyecto disponible en http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-94-39-1.html En su gestación tuvo influencia el caso de una mujer, Naima Amed, residente permanente en Quebec, que asistió a unos cursos de francés sufragados con fondos públicos vestida con su *niqab*. Fue invitada a quitárselo y, ante su negativa, fue expulsada. Posteriormente se matriculó en otros cursos, también públicos, con el mismo resultado. Ante la polémica generada en los medios de comunicación, la ministra de inmigración de la provincia, Yolande James, declaró que quienes deseasen recibir servicios

que no llegaba al fondo del asunto. También se opusieron al proyecto aquellas voces que, desde un espectro ideológico diferente al del PQ, estimaban que se produciría una severa limitación del derecho a participar en la vida pública de aquellas mujeres que portasen el *niqab* o prendas similares[791]. En el trasfondo del debate figuraba la igualdad de género, el principio de laicidad y la política de *acomodos razonables*[792].

La victoria del PQ en las elecciones de septiembre de 2012 supuso el abandono del Bill 94 y la presentación de un nuevo proyecto de ley, más ambicioso, que diese respuesta a la visión del partido gobernante. El ministro de instituciones democráticas y ciudadanía activa, Bernard Drainville, presentó como proyecto de ley lo que popularmente se conoció como la Carta de Valores de Quebec y que oficialmente se denominaba "*Charter affirming the values of State secularism and religious neutrality and of equality between women and men, and providing a framework for accommodation requests*", Bill 90. Entre otras medidas, la Carta prohibía la vestimenta de signos religiosos ostensibles por parte del funcionariado público y establecía los principios de laicidad del Estado e igualdad de género como límites a las demandas de acomodo en el sector público. Las limitaciones que el Bill 90 contenía provocaron numerosas protestas públicas[793] y fueron objeto de críticas severas por entender que resultaban contrarias a la Carta de Derechos y Libertades de Quebec. Se defendió que el modelo de gestión de las manifestaciones religiosas en el espacio público que proponía este texto tendría efectos muy negativos en las personas que guiaban su vida por preceptos religiosos y que el espectro tan amplio de prohibiciones que se pretendía establecer vulneraría el principio del acceso equitativo de la ciudadanía a los programas de empleo público[794].

---

públicos debían mostrar su rostro. CBC News "Niqab-wearer blocked again from class", en *CBC.ca*, 9 de marzo de 2010, disponible en http://www.cbc.ca/news/canada/montreal/niqab-wearer-blocked-again-from-class-1.911160

[791] Para un análisis del Proyecto de ley ver Fournier, Pascale y See, Erica; "The naked face of secular exclusion: Bill 94 and the privatization of belief" en Lefebvre, Solange y Beaman, Lori G. (eds.) *Religion in the public sphere. Canadian case studies.* Toronto: UTP Publishing, 2014, pp. 275-292.

[792] CTV Montreal "Reasonable accommodation debated through Bill 94" en *News Montreal*, 21 de octubre de 2010, disponible en http://montreal.ctvnews.ca/reasonable-accommodation-debated-through-bill-94-1.565499

[793] Valiante Giuseppe; "Thousand protest Quebec's proposed values Charter" en *Toronto Sun*, 14 de septiembre de 2014, disponible en http://www.torontosun.com/2013/09/14/thousands-protest-quebecs-proposed-values-charter ; Barnejee, Sidhartha; "Quebec values charter: Human rights commission says it can't survive legal fight" en *The Huffington Post*, 17 de enero de 2014, disponible en http://www.huffingtonpost.ca/2014/01/17/quebec-values-charter-human-rights_n_4618923.html

[794] Tal vez el informe más completo que justificaba la incompatibilidad de las medidas propuestas con el marco jurídico vigente en la provincia en materia de Derechos Humanos fue la de la Comisión de derechos de las personas y los derechos de la juventud. Commission des droits de la personne et des droits de la

El PQ hizo una fuerte apuesta por este proyecto de ley para asegurar una mayoría parlamentaria más amplia en las elecciones anticipadas convocadas para abril de 2014. La aparatosa derrota del partido en el gobierno[795] paralizó la tramitación del proyecto de ley, aparcado por el nuevo gobierno del Partido Liberal. Con posterioridad a las elecciones parece que la necesidad de aprobar una carta de valores quebequesa no ha desaparecido, aunque sí se entiende que, en cualquier caso, su contenido debería ser menos beligerante y siempre compatible con la Carta de Derechos y Libertades de la provincia[796].

Por nuestra parte, la apuesta que hacemos en este estudio para gestionar la diversidad religiosa de las sociedades se identifica con las afirmaciones realizadas en la sentencia del TSC más que con los esfuerzos por establecer marcos normativos generales (habitualmente restrictivos hacia las manifestaciones religiosas consideradas no deseables) como los ejemplificados en el caso quebequés[797]. En el próximo capítulo veremos qué margen de actuación ofrece nuestro ordenamiento jurídico para implementar

jeunesse; *Commentaires sur le document gouvernemental : Parce que nos valeurs, on y croit orientations gouvernementales en matière d'encadrement des demandes d'accommodement religieux, d'affirmation des valeurs de la société québécoise ainsi que du caractère laïque des institutions de l'État* , de octubre de 2013, disponible en http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/commentaires_orientations_valeurs.pdf

[795] La primera ministra de Quebec y líder del PQ, Pauline Maurois, no fue capaz de revalidar su escaño en la Asamblea Nacional, hecho que la llevó a presentar su dimisión. Coorsh, Karolyn; "Pauline Maurois resigns as PQ leader after crushing defeat" en *CTV News*, 7 de abril de 2014, disponible en http://www.ctvnews.ca/politics/pauline-marois-resigns-as-pq-leader-after-crushing-defeat-1.1765703

[796] Tanto el gobernante Partido Liberal como el opositor PQ han presentado proyectos en este sentido: CTV Montreal "Quebec liberals working on moderate Charter of values" en *Montreal CTV News*, 17 de septiembre de 2014, disponible en http://montreal.ctvnews.ca/quebec-liberals-working-on-moderate-charter-of-values-1.2011365 ; Tras los atentados contra la redacción de la revista *Charlie Hebdo* en París, Bernard Drainville presentó su proyecto para una carta de valores de Quebec en lo que él mismo calificó como una versión más rebajada en cuanto a ambición reformista que el anterior proyecto presentado cuando el PQ gobernaba y él mismo era ministro. Authier, Philip; "Drainville unveils watered-down chárter of values" en *Montreal Gazzette*, 15 de enero de 2015, disponible en http://montrealgazette.com/news/quebec/drainville-suggests-watered-down-charter-of-values

[797] Aparte de la polémica generada en relación con el sector público, nos podemos preguntar por el estado de la cuestión en el sector privado. Precisamente Solange Lefebvre lideró una investigación cualitativa que trató de indagar cuál era la percepción, así como las medidas adoptadas en relación con la gestión de la diversidad en el sector privado en Quebec tras la discusión pública llevada a cabo por la Comisión Bouchard-Taylor. Entre los hallazgos se apreció que aún pervivía una sensación de desconfianza hacia la diversidad cultural y los problemas que ello trae consigo. Sin embargo, también se detectó que por diferentes motivos (desde el deseo de no verse involucradas en polémicas públicas consideradas comercialmente indeseables, hasta entender que gestionar la diversidad creativamente puede reportar beneficios en la imagen de la empresa por dar servicio a una clientela igualmente diversa en lo cultural) la disposición de la mayoría de empresas privadas que participaron en el estudio fue positiva. Se reportan varios casos de gestión exitosa de la diversidad, así como algunos ejemplos de casos difíciles que muestran las dificultades que, en el presente, siguen existiendo en este terreno. Para más detalles ver Lefebvre, Solange; "Beyond religious accommodation in the workplace. A philosophy of diversity" en Lefebvre, Solange y Beaman, Lori G. (eds.) *Religion in the public sphere. Canadian case studies.* Toronto: Toronto University Press, 2014, pp. 173-200.

una visión similar a la desarrollada por los juristas canadienses y los beneficios que estimamos que ello podría aportar.

CAPÍTULO 5
DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA AL ACOMODO RAZONABLE A TRAVÉS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Contenido

El objetivo de este último capítulo es el de indagar si es posible aplicar el instrumento de la obligación jurídica de acomodar o un razonamiento de parecido alcance como forma de gestionar las controversias acerca del empleo de SDAR. Comenzaremos analizando el rechazo al ideal asimilacionista como uno de los presupuestos que conducen a fundamentar el *acomodo razonable* como herramienta de las políticas del reconocimiento propias del multiculturalismo. Posteriormente, de vuelta al estudio del Derecho positivo, analizaremos la manera en que se ha implementado la figura de la discriminación indirecta, tanto en el Derecho comunitario como en el del Consejo de Europa y trataremos de vislumbrar si a través del mismo se podría favorecer el aterrizaje normativo de la obligación de acomodar. Finalmente nos plantearemos tres interrogantes. En primer lugar, si el *acomodo razonable*, con su potencial y sus limitaciones, es un instrumento óptimo para gestionar la diversidad religiosa y, particularmente las necesidades derivadas del uso de SDAR. En segundo lugar, si esta figura merecería ser importada al ordenamiento jurídico español. Para terminar, nos cuestionaremos si realmente tiene posibilidades de ser puesta en práctica o si resulta una herramienta demasiado ajena a nuestra cultura jurídica.

Sumario

I.- DEL IDEAL ASIMILACIONISTA A LA SUBORDINACIÓN ESTRUCTURAL. EL ALCANCE DEL ACOMODO RAZONABLE. II.- LA OBLIGACIÓN DE ACOMODAR COMO EXIGENCIA DERIVADA DE UNA CONCEPCIÓN SUSTANCIAL DE LA IGUALDAD. 1.- La discriminación indirecta, un instrumento inclusivo de gestión de la diversidad en el Derecho de la UE. 2.- La obligación de acomodar o un concepto no tan novedoso como parece. 2.1.- La obligación de acomodar en el Derecho comunitario. 2.2.- La obligación de acomodar en el ámbito del Consejo de Europa y Naciones Unidas. 3.- El derecho a la participación en la vida pública protegido a partir del principio de igualdad. III.- DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LIBERTAD RELIGIOSA EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL EUROPEA. 4.- La experiencia del TJUE. 5.- Apuntes de la práctica española. 6.- Una visión de la perspectiva británica y holandesa. 7.- Revisión de la jurisprudencia del TEDH en materia de manifestación religiosa. 7.1.- Empleo de la figura de la discriminación indirecta por el TEDH y su relación con la obligación de acomodar. 7.2.- La proporcionalidad en sentido estricto. La doctrina de *Least restrictive means* como parte integrante del test de objetividad en casos de discriminación indirecta. 7.3.- El test de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales. IV.- CONVENIENCIA DE IMPORTAR EL ACOMODO RAZONABLE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO ADECUADO PARA GESTIONAR LA DIVERSIDAD RELIGIOSA. 8.- Varias opiniones favorables y la adhesión del TEDH en materia de discapacidad. 8.1.- La lógica de los acomodos en las prácticas religiosas.

I.- DEL IDEAL ASIMILACIONISTA A LA SUBORDINACIÓN ESTRUCTURAL. EL ALCANCE DEL ACOMODO RAZONABLE.

> Lo que sucede con la cultura es que la recibimos en plena cara desde la infancia. No tenemos perspectiva, evidentemente. No tenemos forma de relativizar, contextualizar y decirnos: Bueno, no es necesariamente así. El mundo en el que crecemos es nuestro único mundo. Nos parece que siempre ha existido.
>
> Nancy Huston – *Reflejos en el ojo de un hombre*

En los capítulos 1 y 3 se ha tenido la oportunidad de explorar la manera en la que se ha configurado la libertad religiosa y la prohibición de discriminar en los ordenamientos jurídicos que hemos tomado como referencia en este estudio. Hay un segundo elemento que da sentido y al mismo tiempo condiciona la regulación normativa de esta materia. Se trata del marco escogido para instrumentalizar el mandato de neutralidad del Estado en relación con las confesiones religiosas. En anteriores capítulos de este trabajo, se ha defendido la visión que acerca de la laicidad mantuvieron los redactores del informe Bouchard-Taylor en Canadá. Frente a puntos de vista que defienden que las identidades culturales y religiosas perjudican la integración social, razón por la cual se debería apostar por un ideal de ciudadanía que excluyese los particularismos, los autores canadienses apuestan por un modelo que permita desarrollar una identidad cívica común sin tener que renunciar, en este proceso, a las propias afiliaciones exigidas por la conciencia de cada persona.

Charles Taylor, en una obra posterior firmada con Jocelyn Maclure[798], reafirmó su convicción en un principio de laicidad abierta o liberal-pluralista[799], que trataría de encontrar un equilibrio entre la imprescindible imparcialidad del Estado y la libertad de conciencia de las personas a partir de la igualdad moral de los individuos. En consecuencia, un Estado inspirado por tal comprensión de su neutralidad no debería verse ofendido por la presencia de elementos o signos religiosos dinámicos en el espacio público. De esta forma, el valor del acomodo debería residir en la restauración de la

[798] Taylor, Charles y Maclure, Jocelyn; *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid: Alianza Editorial, 2011, pp. 50-51.

[799] Por recoger el término con el que se refiere a su concepción de la laicidad, opuesta a un modelo de laicidad republicana que exigiría a la ciudadanía un alejamiento de sus filiaciones religiosas para recluirlas en la esfera privada, en beneficio del desarrollo de una identidad cívica común que, de manera ideal, vendría a ser un requisito indispensable para la emancipación de los individuos.

igualdad de trato y oportunidades, en la nivelación del terreno de juego (empleando la metáfora de la comisión quebequesa), lejos de las ideas de acomodo como privilegio o como muestra de la preferencia de las instituciones públicas por un credo religioso en perjuicio de otros.

Tal interacción y complementariedad entre los principios de igualdad y laicidad abierta resulta indispensable, aunque podría quedar en un mero ejercicio estéril si no fuese acompañado de un tercer elemento del que varios autores nos han advertido repetidamente y que, asimismo, resulta necesario en sociedades dispuestas a gestionar su propia diversidad de manera inclusiva. Se trata de adquirir conciencia de la disparidad de puntos de partida que existen en la sociedad entre los individuos, así como entre los distintos grupos sociales a los que éstos se adscriben.

En las sociedades diversas, las distintas cosmovisiones que conviven en la población adquieren reflejo en numerosas prácticas y necesidades cotidianas que son, a menudo, fuente de conflicto. Estos conflictos versan acerca de hábitos, conductas, expresiones del cuerpo, pautas de comportamiento individuales o institucionalizadas… Debates que tienen lugar en la dimensión social del individuo. Las personas, en la vida social, elaboran sus propios significados acerca de cómo se entienden a sí mismas y cómo entienden a las demás[800]. En consecuencia, las identidades modernas no son constructos predeterminados, sino que obedecen a la interacción simbólica y lingüística[801].

[800] Hall, Stuart "Who needs identity?" en Hall, S. y Du Gay, P. (eds.) *Questions of cultural identity*, Londres: Sage Publications, 1997, pp. 1-17. Una reflexión informal, amena y muy lúcida (que parte, además, de experiencias propias) acerca de la construcción de las identidades modernas en los individuos, así como su influencia en la construcción de ciertos discursos contemporáneos se encuentra en la muy recomendable obra de Maalouf, Amin; *Identidades Asesinas*, Madrid: Alianza Editorial, 2010.

[801] Los autores que seguiremos principalmente en este apartado, Taylor, Fraser y Young parten de esta certeza y de la convicción de que una sociedad que se entienda diversa no debe imponer la supresión de estas afinidades compartidas (en distintos grupos sociales) sino fomentar su inclusión en el entramado dialógico e institucional de la sociedad. Los autores citados basan sus planteamientos en esta materia en estudios previos. En su teoría de la acción comunicativa, Habermas, por ejemplo, partiendo de los planteamientos de Durkheim y de Mead, concibe la identidad individual como un derivado de la interacción lingüística y de las prácticas comunicativas sociales. Habermas, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa, Tomo 2*, Madrid: Trotta, 2010, pp. 589-596. También resulta instructiva la definición propuesta por Epstein, formulada con motivo de los debates en Estados Unidos en torno a la identidad del colectivo de personas gays y lesbianas. Epstein, Steven; "Gay Politics, ethnic identity: the limits of social constructionism", en *Socialist Review*, 17, mayo-agosto 1987, pp. 137-138: "*Ego identity, then, is a socialized sense of individuality, an internal organization of self-perceptions concerning one's relationship to social categories, that also incorporates views of the self-perceived to be held by others. At its core, identity is constituted relationally, through involvement of -and incorporation of- significant others and integration into communities. The relationship of ego identity to subsidiary identities (such as occupational, class,*

En el debate entre el liberalismo igualitario y las llamadas políticas del reconocimiento de la diferencia se abordó la cuestión acerca de si el ideal de justicia derivado de la formulación del principio de igualdad exigía ignorar los particularismos derivados de las identidades individuales o era preciso reconocerlas y tomarlas en consideración. En este trabajo seguiremos a autoras del segundo grupo, tales como Nancy Fraser[802], Charles Taylor[803] y Marion Young[804].

Desde la perspectiva de estos autores, se rechaza explícitamente la idea de los individuos en forma de sujetos autónomos en sus atributos identitarios, como si la conciencia fuese anterior al lenguaje y ajena al mismo. La identidad y el yo se construyen relacionalmente, de manera dialógica e interactiva con otros significantes. Si bien esto ocurre en la esfera privada y más inmediata al individuo, hay determinados factores que contribuyen a retraer el reconocimiento de esas identidades individuales y grupales en la esfera pública.

El principio de igualdad propio del liberalismo y la igualación en derechos que trajo consigo se impusieron como ideales universales proyectando un reproche hacia todos los elementos que subrayasen la diferente condición de las personas. El concepto político de ciudadanía y los derechos universalmente reconocidos a la misma han supuesto un avance imprescindible en el establecimiento de estándares jurídicos y éticos vinculados a la dignidad humana. Sin embargo, el ideal de liberación, entendido como eliminación de toda diferencia para alcanzar un trato igualitario a todos los sujetos, ha sido empleado con un objetivo asimilacionista por parte de quienes han contribuido históricamente a establecer el ordenamiento jurídico, los principios éticos y la cultura dominante. La vanidad etnocéntrica lleva a considerar como universal, neutral y moralmente correcto aquello que resulta familiar a la mayoría de la sociedad o a sus grupos preponderantes, mientras que despoja de todo valor a aquellas formas de expresión que no entran en ese patrón, etiquetándolas peyorativamente como ajenas u hostiles[805].

---

racial, gender or sexual identities) is an interactive one, in which all subsidiary identities are integrated into a relatively coherent and unique life history".

[802] Fraser, Nancy; "From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a post-socialist age" en *New Left Review*, 1/212, julio-agosto 1995, pp. 68-93.

[803] Taylor, Charles; *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México: Fondo de cultura económica, 2009.

[804] Young, Iris Marion; *La justicia y la política de la diferencia*; Madrid: Cátedra/Universidad de Valencia, 2000.

[805] Ligado a estos procesos se encuentra el concepto de "sociedad del menosprecio", que ha sido formulado de nuevo por Axel Honneth. A diferencia de Taylor, Fraser o Young, el autor alemán pone el acento de su

El concepto de justicia social defendido por Marion Young no requiere la desaparición de esas diferencias, sino que pretende abundar en la implementación de instituciones que promuevan la reproducción y el respeto de esas diferencias, sin opresión. "*El rechazo y la desvalorización de nuestra cultura y perspectiva no debería ser una condición para la plena participación en la vida social*"[806].

Desde un punto de vista liberal, al igual que Rawls[807] partió de la asunción de que la diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales, todas ellas razonables (o, según el ideal liberal, inconmensurables) representa una característica perdurable de nuestras esferas públicas y no una mera contingencia histórica, tampoco Kymlicka piensa que el asimilacionismo, mediante la exigencia del rechazo a las propias cosmovisiones, sea un requisito exigible para el pleno acceso a la participación plena en las instituciones sociales. "*Al desarrollar una teoría de la justicia, deberíamos tratar el acceso a la cultura de cada uno como algo que presumiblemente la gente querrá, cualquiera que sea su idea más íntima del bien. Abandonar la propia cultura, aunque es posible, se considera más bien como renunciar a algo a lo que razonablemente se tiene derecho. Éste no es un supuesto acerca de los límites de las posibilidades humanas, sino acerca de las expectativas razonables*"[808].

Si la pluralidad de puntos de vista, cosmovisiones, identidades… parece ser una condición natural del ser humano, la pregunta reside en saber cómo se debe gestionar esa diferencia. Martha Minow, en su estudio *Making all the difference*[809], advierte de lo que ella define como el *dilema de la diferencia*, ya que ignorar las diferencias puede provocar la exclusión de las personas consideradas diferentes, perpetuando esa diferencia, mientras

diagnóstico en la clave de la igualdad en lugar de los factores de la diferencia o la identidad. Entre nosotros, Javier de Lucas ha tomado como referente a Honneth principalmente para su premiada reflexión acerca de los retos que deben afrontar las sociedades plurales europeas como consecuencia de la diversidad acrecentada por los flujos migratorios en De Lucas, Javier; "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración" en *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el s. XXI*. Vitoria/Gasteiz: Eurobask. Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2012, pp. 13-91. Una recopilación de artículos publicados por el autor alemán en las dos últimas décadas del siglo XX se puede encontrar en Honneth, Axel; *La sociedad del desprecio*, Madrid: Trotta, 2011.

[806] Ibíd., p. 280

[807] Rawls, John; "La idea de una razón pública" en *Isegoría*, nº 9, 1994, pp. 5-40.

[808] Kymlicka, Will; *Ciudadanía multicultural*, Barcelona: Paidós, 1996, p. 125. Coincide Kymlicka con Rawls en que el derecho a la emigración no presupone que las personas tuviesen que aceptar la autoridad de un Estado que les obligase, eventualmente, a abandonar su propia cultura.

[809] Minow, Martha; *Making all the difference. Inclusion, exclusion and the American law*, Ithaca: Cornell University Press, 1994.

que reconocerlas deja etiquetadas a esas personas como diferentes conllevando una cierta estigmatización, encerrándolas en esa categoría[810]. Como paso previo indispensable para abordar este dilema propone ser consciente de las peligrosas asunciones que se esconden bajo el tratamiento legal de las diferencias[811]. En primer lugar, llama la atención acerca de la habitual consideración de las diferencias como algo intrínseco más que el resultado de un proceso de comparación con base en las características particulares de los individuos. En segundo lugar, para llevar a cabo esa comparación empleamos una regla de valoración que no solemos declarar explícitamente. Por lo general esa regla de valoración suele estar fundamentada en nuestra propia experiencia, que avalamos como buena. Socialmente, estas reglas suelen responder al criterio de la mayoría de la población. Precisamente por su carácter tan evidente para la mayoría no necesitan ser explicitadas y pasan desapercibidas. Consecuentemente, en tercer lugar, tratamos a la persona objeto del juicio expresado en el punto anterior, como si hubiese sido valorada desde una perspectiva neutral y no necesariamente parcial. En cuarto lugar, no tenemos en cuenta la perspectiva propia de la persona que está siendo juzgada y no caemos en la cuenta de que su punto de vista podría tener, en la ecuación de nuestro juicio, el mismo peso moral que la opinión del juez que hace la valoración. Finalmente, también se ignora el hecho de que las normas y estándares sociales y económicos que nos rigen no son neutrales. Si lo fueran serían inevitables y, por tanto, los conflictos originados en el ámbito laboral o en el espacio público simplemente responderían a elecciones personales, y consecuentemente prescindibles o mutables a voluntad, de las personas etiquetadas como "diferentes". Si con esto concluimos que las diferencias son relacionales y no intrínsecas, objeto de una perspectiva parcial de quien emite el juicio, podemos comprender el poder que ostentan las personas que atribuyen a otras la cualidad de "diferentes", eliminando sus percepciones y necesidades de la ecuación normativa.

[810] Un ejemplo muy representativo que pone esta autora para ilustrar este dilema es el de las diferencias por razón de sexo en el caso del divorcio. Desde el principio de igualdad inherente a una concepción distributiva de la justicia no se reconocen las mayores necesidades económicas que tienen las mujeres divorciadas que quedan a cargo de los hijos, ni las diferencias salariales que en el mercado laboral se dan entre mujeres y hombres. Un reconocimiento de mayores contrapartidas económicas para las mujeres en casos de divorcio puede reforzar los estereotipos negativos en torno a las mujeres como personas dependientes y necesitadas. El dilema de la diferencia nos exhorta a reconocer las dificultades legales de paliar las consecuencias negativas que arrastran los grupos subordinados sin restarles autonomía ni capacidad de decisión.

[811] Minow, Martha; *Making all the difference. Inclusion, exclusion and the American law*, op. cit. pp. 50-53.

Marion Young, por su parte, analiza el carácter sistémico que tiene en la sociedad la consideración de la diferencia como algo intrínseco, así como sus implicaciones en las relaciones de poder y en el acceso al discurso público. Una de las ideas defendidas en el citado trabajo de la desaparecida jurista estadounidense fue la de apelar a un concepto de justicia que no se refiriese sólo a aspectos distributivos, sino que también pusiese bajo su prisma las condiciones institucionales que deben darse para el ejercicio "*de las capacidades individuales, de la comunicación colectiva y de la cooperación*" y que afectan a los procedimientos de la toma de decisiones, la división del trabajo y la cultura[812]. En este sentido, entendió que la injusticia se manifiesta también en las restricciones que muchos individuos y grupos sociales experimentan a consecuencia de la opresión y la dominación a que son sometidos. La opresión en las democracias liberales modernas, de acuerdo a la propuesta de Young, no tiene que ver con las imágenes de tiranía o conquista con las que tradicionalmente suelen identificarse en el imaginario colectivo, ni siquiera necesariamente con el factor de la intencionalidad de quien la ejerce. Para esta autora la opresión (que presenta diferentes formas y grados, no es por tanto igual en todos los individuos) implica una limitación en las facultades de las personas para desarrollar y ejercer sus capacidades, así como para expresar sus necesidades, pensamientos y sentimientos. De esta forma, la opresión así entendida, resulta sistémica, es decir, no es resultado de una actuación concreta o de las elecciones de determinadas personas. Su origen se encuentra embebido en las propias normas, hábitos, presupuestos, estándares sociales e institucionales y se reproduce en tanto que esos patrones no son puestos en cuestión.

Young identificó cinco categorías en las cuales suele manifestarse la opresión (las cinco caras de la opresión): explotación, marginación, carencia de poder, violencia e imperialismo cultural. Es precisamente esta última la que llama nuestra atención. "*El imperialismo cultural consiste en hacer que un grupo sea invisible al mismo tiempo que resulta marcado y estereotipado. Los grupos culturalmente imperialistas proyectan sus propios valores, experiencias y perspectiva con carácter normativo y universal. Las víctimas del imperialismo cultural se vuelven así invisibles como sujetos, como personas con una perspectiva y experiencias propias, con intereses específicos de grupo; al mismo tiempo se las señala, se las petrifica en una existencia marcada por el hecho de ser otra,*

[812] Young, Marion; *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit., pp. 73-84

desviada en relación con la norma dominante. A los grupos dominantes no les hace falta percibir la existencia de su propio grupo; ellos ocupan una posición no señalada, neutral, aparentemente universal. Pero las víctimas del imperialismo cultural no pueden olvidar su identidad de grupo porque la conducta y reacciones de otras personas las hacen volver a ella"[813]. Los grupos sometidos a imperialismo cultural están definidos desde fuera y la incompatibilidad de su perspectiva con la dominante convierte sus experiencias y necesidades en invisibles para el resto[814].

Nancy Fraser también separa en su análisis la injusticia económica de la injusticia cultural, entendiendo que la primera requerirá de una reestructuración político-económica a partir de soluciones redistributivas, mientras que la segunda precisará de un nuevo paradigma cultural o simbólico mediante lo que llama políticas del reconocimiento. Para esta autora, en una clasificación emparentada con la propuesta por Young, la injusticia cultural se manifiesta en la dominación cultural (personas sujetas a modelos de interpretación y comunicación asociados con una cultura ajena, extraña y hostil), la falta de reconocimiento (personas invisibilizadas por prácticas de representación, comunicación e interpretación legitimadas por la cultura mayoritaria) y la falta de respeto (personas difamadas o despreciadas de manera rutinaria por medio de estereotipos en las representaciones culturales públicas y/o en las interacciones cotidianas)[815]. Ciertas políticas del reconocimiento aspiran a "*reevaluar las identidades denigradas y los productos culturales difamados*", así como "*reconocer y valorar de forma positiva la diversidad cultural*". A las medidas que contemplan estos objetivos, Fraser las denomina "*soluciones afirmativas a la injusticia*". Otro rango de acciones de alcance más ambicioso se propone "*la transformación total de los modelos sociales de representación,*

[813] Ibíd., p. 208

[814] En relación con este fenómeno también se ha reflexionado en torno a la proyección, en colectivos percibidos como diferentes y antagónicos, de impulsos y actitudes calificadas como intolerables que, aunque forman parte igualmente de los grupos mayoritarios de la sociedad, han sido sublimadas por éstos. Forman parte de estrategias de homogeneización y de exclusión cultural. Mancini ha reflexionado sobre ello en el contexto de la característica patriarcal de la cultura islámica como argumento para el rechazo a las prendas que visten las mujeres musulmanas. Mancini, Susanna; "Patriarchy as the exclusive domain of the other: the veil controversy, false projection and cultural racism" en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 411-428; Por su parte, Morondo Taramundi explora y cuestiona los argumentos vertidos por la academia y la jurisprudencia en relación con la opresión de las mujeres y a la igualdad entre éstas y los hombres en los casos de empleo de prendas religiosas musulmanas. Morondo Taramundi, Dolores; "El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, 2014, pp. 291-307.

[815] Fraser, Nancy; "From redistribution to recognition. Dilemmas of justice in a post-socialist age?", op. cit. p. 71. Para la traducción al castellano se ha empleado una versión disponible en http://newleftreview.es/authors/nancy-fraser

interpretación y comunicación de modo que pudiera cambiar el sentido que cada cual tiene de sí mismo" [816]. A éstas las califica como "*soluciones transformadoras*". Fraser reconoce que, con frecuencia las reclamaciones al reconocimiento van acompañadas de apelaciones al valor de la especificidad del grupo y promueven la diferenciación del mismo, con unas consecuencias que vendrían a abundar en lo expuesto por Martha Minow.

En lo relativo a la relación entre los grupos objeto de dominación cultural a partir de la invisibilización de sus puntos de vista, Taylor reconoce que, en el ámbito concreto de la relación entre la sociedad liberal y los fenómenos religiosos, el liberalismo como ideología es parcial y militante. "*El liberalismo no constituye un posible campo de reunión para todas las culturas, sino que es la expresión política de cierto género de culturas (…) Además, como bien lo saben muchos musulmanes, el liberalismo occidental no es tanto una expresión de la visión secular y posreligiosa que se popularizó entre los intelectuales liberales, cuanto un retoño más orgánico del cristianismo, al menos como se contempla desde la distinta posición del islam. La división de la iglesia y del Estado se remonta a los primeros días de la civilización cristiana (…) el liberalismo no puede ni debe atribuirse una completa neutralidad cultural. El liberalismo es también un credo combatiente. La variable tolerante que apruebo, así como sus formas más rígidas, tienen que establecer un límite*"[817]

Algunos de los razonamientos legislativos y jurisprudenciales reproducidos en el presente trabajo suponen ejemplos de traslación y traducción al ámbito normativo de esa normalidad atribuida a las expresiones culturales e identitarias dominantes, señalando a las que no encajan en tal paradigma como representativas de carencia o negación. Particularmente el empleo de SDAR acentúa y da forma a esa dimensión de la otredad en la medida en que esos signos se identifican de manera automática con la inferioridad intelectual, la falta de autonomía de la voluntad, el desafío a los valores democráticos y su incompatibilidad con los mismos o la ausencia de voluntad de "integración" en la vida social. La característica de credibilidad y razonabilidad de las ideas se atribuye a quienes las expresan vestidos a la manera occidental, de manera que quienes se expresan, trabajan

[816] Ibíd. p. 71.

[817] Taylor, Charles; *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, op. cit., p. 102

u opinan ataviados con sus distintivos religiosos (turbante, *hiyab*, kipá u otros) lo hacen bajo la percepción de ser prisioneros de sus visiones parciales, sesgadas o fanatizadas.

En palabras de Young "*La razón científica y filosófica expresa una visión de la subjetividad y la objetividad que ha tenido una gran influencia y repercusión en la cultura moderna de occidente (…) Quienes articularon y siguieron los códigos de la racionalidad moderna fueron los hombres blancos burgueses. Al articular sus metáforas visuales de la razón hablaban por sí mismos, sin pensar en que podía haber otras visiones que articular. En la medida en que esta razón moderna y desvinculada que tiende a la objetivación asumió la comprensión de la humanidad y la subjetividad, y adquirió la posición autorizada de poseedora de la verdad, los grupos privilegiados asumieron el privilegio de ese autorizado sujeto de conocimiento. Los grupos que éstos últimos definieron como diferentes pasaron así a la posición de objetos en relación con la mirada distante y dominante del sujeto*"[818].

De ahí se deriva que las conductas y las ideas respetables, creíbles y racionales deban adecuarse a estándares que reprimen determinadas manifestaciones del cuerpo, entre ellas las de aquellos credos que son percibidos como incompatibles con el cánon occidental. Ciertas argumentaciones que restringen manifestaciones religiosas (casos *Dahlab*, *Şahin*, *Ranjit Singh*…) sin entrar a valorar su interferencia con derechos concretos de terceras personas, sino en función de su adecuación a principios abstractos como la laicidad o la apariencia de neutralidad de los poderes públicos, podrían encajarse en esta tendencia. Igualmente, en el ámbito de las relaciones laborales, existe la presunción de profesionalidad en relación con aquellas personas que no muestran sus afectos religiosos. La expresividad corporal debe ser reprimida pues implica la no superación de la evaluación de la respetabilidad profesional del sujeto (los analizados casos *Aldeasa*[819] en España o *Abercrombie*[820] en Estados Unidos son representativos de la percepción de esta carencia). El caso de dos trabajadores sij mencionados en el capítulo 4, el empleado de *Domino's Pizza*[821] cuyo despido fue argumentado por la empresa empleadora con base en que su apariencia barbada y con turbante generaría desconfianza en la clientela, así

[818] Young, Marion; *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit., p. 215.
[819] [819] STsJ Madrid, de 27 de octubre de 1997, op. cit.
[820] *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc*. op. cit.
[821] *Kohli v. LOOC Inc*., op. cit.

como el de *Birdi*[822], en el cual *United Airlines* ofreció al demandante pasar a ejercer una tarea de oficina, lejos de la mirada del público, reflejan la aceptación de la visión estereotipada que se proyecta sobre determinados individuos que, por exteriorizar sus preferencias, viven encadenados a sus cuerpos (o mejor dicho, al significado que terceras personas proyectan sobre ellos).

La alteridad, así manifestada y evidente para todos, resulta indeseable y abyecta[823]. Es preciso ocultarla. Para Young un aspecto relevante de las reacciones humanas que descansan bajo las actitudes discriminatorias sexistas y homófobas (o, por ejemplo, con base en la edad, la discapacidad y, podríamos añadir a la luz de nuestra reflexión, de la otredad religiosa), tienen que ver con el rechazo de los cuerpos percibidos como abyectos. La presencia de lo abyecto genera sentimientos de ansiedad, temor e, incluso, repugnancia. "*Si la opresión contemporánea se gesta a través de una estética del cuerpo, a través del nerviosismo y el rechazo motivados por las amenazas al sistema básico de seguridad, y a través de imágenes y estereotipos que simultáneamente alimentan tal conducta, la legitiman y disipan los temores que ella expresa, entonces la reflexión normativa sobre la justicia debería incluir tales fenómenos*"[824].

Lo dicho hasta el momento tampoco implica que, desde una perspectiva democrática, deba aceptarse cualquier planteamiento que, por mucho que sea defendido con sinceridad y pertenezca al acervo cultural de los grupos presentes en la sociedad, sea trasladado a la esfera pública. En el ámbito que nos ocupa, las prácticas y necesidades religiosas pueden ser objeto de un juicio normativo, por más que prediquemos la igualdad moral de los diferentes credos que conviven en las sociedades plurales. Ahora bien, ese juicio deberá fundamentarse en el consenso de la comunidad, en tanto que sujeto político, manifestado en su texto constitucional y en su legislación tuitiva de los derechos humanos. Las eventuales restricciones a un derecho fundamental deben venir justificadas por la intromisión acreditada en derechos de terceras personas.

---

[822] *Birdi v. UAL Corp*., op. cit.

[823] Young parte de los planteamientos de Julia Kristeva, quien en su obra *Pouvoirs de l'horreur*, traducida al castellano como *Poderes de la perversión*, Madrid: Siglo XXI, 2006, p. 19 indaga sobre la abyección *"Sólo experimento abyección cuando otro se instaló en el lugar de lo que será* yo. *No otro con el que me identifico y al que incorporo, sino otro que me precede y me posee, y que me hace ser en virtud de esa posesión. Posesión anterior a mi advenimiento: estar allí de lo simbólico que un padre podrá o no encarnar. Inherencia de la significancia al cuerpo humano".*

[824] Young, Marion; *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit., p. 251.

No cabe duda de que la percepción de la diferencia como patología precisa de un cambio en la conciencia y en la mirada. La heterogeneidad es una característica inherente a los individuos, a todos ellos. La misma interacción social, a la que más arriba atribuíamos el surgimiento de las identidades modernas, provoca que cada persona sea afín a múltiples pertenencias de grupo y sea deudora de varias identidades con las que se ha relacionado a lo largo de su vida. Abandonar el ideal de una identidad unificada para todas las personas que conviven en una sociedad en nombre de la cohesión social implica un imprescindible ejercicio de toma de conciencia[825].

El dilema de la diferencia formulado por Minow y el carácter sistémico de la subordinación padecida por determinados grupos sociales nos indican que las prácticas de acomodo, o bien las medidas de acción positiva, pueden tener un efecto limitado pues no despojan a los individuos de los efectos estigmatizadores ni de la limitación efectiva que conlleva el verse etiquetados como *los otros* o *los diferentes*. En este sentido, el análisis aquí reproducido exhibe el alcance del acomodo como gestor de respuestas específicas, aunque su capacidad de transformación a situaciones sistémicas resulta ser más limitada. Siguiendo la distinción de Fraser en torno a medidas de reconocimiento afirmativas o transformadoras, diríamos que el *acomodo razonable* está entre las primeras, en la medida en que pretende corregir los efectos injustos del orden social sin alterar el orden subyacente que los genera. Se trataría de revalorizar las identidades de los grupos valorados injustamente, pero "*deja intactos tanto los contenidos de dichas identidades como las diferenciaciones que subyacen a las mismas*". Las medidas transformadoras ansiarían alterar la estructura subyacente que está en el origen de esa valoración negativa[826]. En consecuencia, las primeras, entre las que estaría el acomodo, ensalzarían la diferenciación entre los grupos existentes, mientras que las segundas ambicionarían desestabilizar las estructuras culturales y simbólicas del presente que

[825] Resulta pertinente recordar en este punto el diagnóstico aportado por Javier de Lucas en "Tres condiciones para un debate en serio sobre la multiculturalidad" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2003, pp. 1-2; en el que recomienda tres posicionamientos intelectuales la hora de abordar, de manera productiva, los retos que plantean las sociedades multiculturales. En primer lugar, realismo para ubicar las demandas que se planteen en su dimensión precisa y no desde la superficilidad o la caricatura, no en vano está en juego la participación de los individuos en las diferentes dimensiones de la vida social; en segundo lugar, paciencia para autocomprenderse como una sociedad diversa, con las complejidades y dificultades que ello traerá consigo; en tercer lugar, disposición a negociar desde la pluralidad y desde la convicción de que los derechos de las personas merecen un enfoque garantista y precisan de un compromiso para implementar los instrumentos precisos para tal fin.

[826] Fraser, Nancy "From redistribution to recognition. Dilemmas of justice in a post-socialist age?", op. cit. pp. 82-83.

generan esa desventaja, así como las propias identidades, con vistas a un reagrupamiento a largo plazo con arreglo a paradigmas diferentes a los actuales.

El análisis de Fraser enlaza con las críticas al *acomodo razonable*, realizadas por Day y Brodsky, ya expuestas con anterioridad en este estudio, que llaman la atención acerca de la necesidad de concebir la lucha por la igualdad como un proceso de transformación y no de meros ajustes parciales. Para ello es preciso poner en cuestión la distribución de fuerzas y los discursos de dominación que la sostienen. Por otro lado, el acomodo no huye del binomio igualdad/diferencia, con las contradicciones que ello trae consigo y las consecuencias ya expuestas sobre los grupos aludidos[827]. Por este motivo siempre habrá un grupo calificado como diferente en la aplicación de la lógica de los acomodos. Finalmente, parece que hay una conexión del *acomodo razonable* con la idea de tolerancia en la medida en que siempre habrá unas personas que demandarán un acomodo mientras que otras siempre estarán en la condición de otorgarlo, perpetuando así un esquema de antagonismo e inequidad entre quienes establecen el diálogo[828]. Se ha sugerido que el carácter interseccional de la formación de las identidades requiere olvidar los paradigmas de tolerancia o acomodo[829] y apostar por una idea de la igualdad real para abordar una deconstrucción de las vigentes estructuras de la desigualdad a fin de que sean sustituidas por "*redes no solidificadas y cambiantes de diferencias múltiples y entrecruzadas*"[830].

En este último punto coinciden, a nuestro entender, ambas corrientes críticas con el *acomodo razonable*. Esto es, tanto quienes advierten acerca el peligro de exacerbación del comunitarismo y la guetización que ello conllevaría, como quienes, tal y como se ha reflejado en el párrafo anterior, piensan que las políticas de acomodo deberían desembocar en un nuevo paradigma de relaciones inspiradas por una igualdad real. Efectivamente, la gestión inclusiva de una sociedad diversa no debería dar lugar a grupos sociales cerrados sobre sí mismos e impermeables a cualquier interacción, sino a una dinámica creativa y transformadora que, paradójicamente, a través del reconocimiento y el rechazo a la asimilación, a medio y largo plazo debería dar lugar a una sociedad

[827] Day, Shelag y Brodsky, Gwen; "The duty to accommodate: who will benefit?" *op. cit.*, pp. 461-473.

[828] Beaman, Lori G.; "Alternatives to Reasonable Accommodation" en Beaman, L. (ed.) *Reasonable Accommodation. Managing religious diversity*. Vancouver: UBC Press, 2012, pp. 220-221.

[829] Como sugiere la propia Beaman, *íbid*, p. 221.

[830] Fraser, Nancy "From redistribution to recognition. Dilemmas of justice in a post-socialist age?", op. cit. p. 91

cohesionada y justa, aunque basada, posiblemente en algunos casos, en coordenadas culturales diferentes a las que hoy conocemos[831].

Dando por bueno el análisis propuesto por los autores citados, nos parece oportuno dejar constancia de esta limitación atribuida al *acomodo razonable*. Los objetivos planteados por estos diagnósticos nos parecen adecuados, aunque de consecución a largo plazo y opinamos que no van en menoscabo de los beneficios que, a través de la figura del acomodo, se podrán obtener a corto plazo. Por este motivo continuaremos estudiando su eventual adopción en nuestro ordenamiento jurídico.

II.- LA OBLIGACIÓN DE ACOMODAR COMO EXIGENCIA DERIVADA DE UNA CONCEPCIÓN SUSTANCIAL DE LA IGUALDAD.

La buena gente siempre dice
-y la buena gente está de acuerdo-,
que todos los buenos son Nosotros
y los demás son todos Ellos.

Pero si uno cruza el mar
en vez de andar por el sendero,
acaso (¡caray!) nos vea a Nosotros
como a una especie de Ellos.

Ruyard Kipling – *Nosotros-Ellos*

1.- La discriminación indirecta, un instrumento inclusivo de gestión de la diversidad en el Derecho de la UE.

En los capítulos anteriores hemos estudiado los mecanismos jurídicos destinados a reconocer y proteger la libertad religiosa como derecho fundamental tanto en su fuero interno como en su manifestación externa. En sociedades con una larga tradición de diversidad religiosa, como la estadounidense y la canadiense, el enfoque garantista hacia la pluralidad religiosa iba acompañado por una reflexión sobre las dificultades que ciertos individuos encuentran por motivo de alguna característica inherente a los mismos para acceder a determinados espacios, servicios o empleos a través de las maneras convencionales. En muchas ocasiones las características físicas, normativas o sociales de

[831] Una reflexión en este sentido la aporta Julius Grey, un reconocido abogado canadiense, así como una autoridad en la comprensión judicial del acomodo razonable, toda vez que fue él quien representó a *Anselem* y *Multani* en sus respectivas causas ante el TSC. Ver Grey, Julius; "The paradoxes of reasonable accommodation" en *Policy Options-Opions Politiques*, septiembre 2007, pp. 34-36.

ciertos entornos resultan difícilmente conciliables con las peculiaridades, propias o inmutables, de las personas. La constatación de este fenómeno requiere de una solución, pues los efectos que produce van en contra de lo dispuesto por el mandato derivado del principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado.

El mérito que tiene este enfoque es el de trascender los límites de una visión que reduce el principio de igualdad a las exigencias de una paridad formal (tendente a garantizar una igualdad de trato a aquellas personas que comparten características similares) y apostar por un ideal de equidad sustancial o material (preocupada por la generación de condiciones sociales que garanticen tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de resultados). Para la igualdad sustancial es relevante tener en consideración el punto de partida de los individuos en la sociedad, ya que un enfoque centrado en la igualdad formal perpetuaría estas diferencias. A través de esta perspectiva se busca nivelar el terreno de juego para fomentar la inclusividad.

De esta forma, junto a la discriminación directa o intencional (que prohíbe el trato diferente a quienes están en situación similar, a causa de una característica protegida por la ley, sin que medie una causa objetiva) surge la discriminación indirecta, que materializa ese ideal de igualdad sustancial a través del reconocimiento de la existencia de disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutrales (es decir, no establecidas con intención de hacer distinción con base en uno de los criterios prohibidos por la ley), que provocan un efecto de desventaja en un grupo de personas que no debe ser soportado por otros individuos, sin que medie causa objetiva[832].

En ocasiones la incompatibilidad entre las características propias del individuo (como pueden ser la discapacidad, la edad, el sexo, la religión) y las condiciones, físicas o normativas, de un determinado espacio o puesto de trabajo puede propiciar que las personas no sean capaces de insertarse o ejercer sus funciones de la manera convencional.

[832] Recuerda Frédérique Ast "Indirect Discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits" *op. cit.* pp. 85-109, que la figura de la discriminación indirecta ya era mencionada en el Derecho internacional público de la Sociedad de Naciones. La opinión consultiva del Tribunal permanente de justicia internacional, de 10 de septiembre de 1923 había establecido que la igualdad debía entenderse como una igualdad en derecho y como una igualdad de hecho, a propósito de la situación de los propietarios de tierras alemanas en Polonia. (*Advisory opinion given by the Court on September 10th 1923 on certain questions relating to settlers of German origin in the territory ceded by Germany to Poland*, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/series-b.php?p1=9&p2=2). Por su parte, el artículo 5 de la Declaración de Derechos internacionales del hombre, adoptada por el Instituto de Derecho internacional el 12 de octubre de 1929 en Nueva York rezaba: "*L'égalité prévue ne devra pas être nominale mais effective. Elle exclut toute discrimination directe ou indirecte*".

Cuando el test conducente a determinar el carácter discriminatorio de la norma o la práctica impugnada estima que ésta responde a un interés legítimo, puede hacer necesaria la realización de acomodos que eviten el impacto discriminatorio. Surgiría en esos casos, como ya hemos visto, la obligación de acomodar. Aunque su origen estuvo en el ánimo de proteger la práctica religiosa en las relaciones laborales privadas, con el tiempo se fue ampliando a otras características personales protegidas contra la discriminación, de manera relevante en el ámbito de la discapacidad.

Si bien estos conceptos fueron desarrollados y expandidos por la legislación y la jurisprudencia anglo-norteamericana, el creciente desarrollo del Derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea (UE) en los últimos años ha propiciado su reconocimiento normativo en el ordenamiento comunitario. A partir del mandato contenido en el artículo 13.1 del Tratado de la Comunidad Europea de 1999[833], la UE adoptó el marco jurídico para ampliar la protección otorgada contra la discriminación en los campos de sexo, origen étnico o racial, religión y creencias, discapacidad, edad u orientación sexual[834]. Precisamente, el año siguiente fue testigo de la promulgación de dos directivas que ya han sido mencionadas en el capítulo 1 (por haber sido traspuestas al ordenamiento español) y que en este momento de nuestro análisis adquieren una relevancia especial: la Directiva 2000/78/CE *que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* y la Directiva 2000/43/CE *sobre la*

[833] El artículo 2.7 del Tratado de Amsterdam modificó el artículo 6ª del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en los siguientes términos: " *Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*".

[834] Originalmente el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea preveía la prohibición de discriminación en los ámbitos de nacionalidad y sexo. En ambas materias se ha reconocido que la interdicción se extendía a las modalidades directa e indirecta. En la sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea (STJUE) *Württembergische Milchverwertung-Südmilch-AG v. Salvatore Ugliola*, de 15 de octubre de 1969, asunto 15/69, [1969] ECR 363, se decidió que un trabajador migrante, nacional de un Estado miembro, que hubiese tenido que interrumpir su actividad en una empresa de otro Estado miembro para cumplir sus obligaciones militares nacionales, tiene derecho a que se le tenga en cuenta el período pasado en filas para el cálculo de su antigüedad en dicha empresa, si los períodos de servicio militar cumplidos en el país de empleo son también tomados en cuenta en beneficio de los trabajadores nacionales. En lo relativo a la igualdad de género, la figura de la discriminación indirecta encontró una definición en la directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo*. Artículo 2(2): "*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*". Esta directiva, y otras relativas a la discriminación por razón de sexo, fueron refundidas en la nueva directiva 2006/54/EC de 5 de julio de *2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*.

igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico. En ambas se define la discriminación en su manera directa e indirecta e incluso, en la primera de las directivas mencionadas, se reconoce la figura del *acomodo razonable* en el ámbito laboral aplicado, eso sí, solamente a los casos de discapacidad.

Lamentablemente, en el ámbito de la discriminación por razón de religión, el diferente enfoque de los Estados miembro se ha dejado notar en la no aprobación, a pesar de estar cinco años sobre la mesa de debate, de la propuesta que la Comisión presentó en 2008 para aprobar una directiva sobre la garantía de la igualdad de trato fuera del empleo con independencia de la religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Su adopción hubiera permitido completar una regulación antidiscriminatoria basada en seis pilares (género, raza, religión, discapacidad, edad e identidad sexual que operase en los ámbitos de aplicación como el empleo, la protección social (asistencia sanitaria y seguridad social) y el acceso a bienes y servicios[835].

La definición de discriminación indirecta en las mencionadas directivas de 2000 está recogida en su artículo 2.2 y dispone que

> *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:*
>
> *i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que*
>
> *ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados*

[835] El aumento en la UE de la discriminación y los delitos motivados por el odio étnico-racial o religioso han llevado al Parlamento Europeo a aprobar la Resolución de 14 de marzo de 2013, sobre el *refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio* (2013/2543(RSP), en cuyo considerando se lamenta la no adopción de la directiva propuesta por la Comisión a consecuencia del rechazo de varios Estados miembro. En el ámbito de la lucha contra los delitos del odio, sí se aprobó la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo *relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, que en España se traspuso mediante la modificación del artículo 607 del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

> *en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica*[836].

Se aprecia que la formulación propuesta configura la discriminación indirecta con base en tres supuestos de hecho: la existencia de una medida aparentemente neutra, la creación de una situación de desventaja en ciertas personas en virtud de una característica que éstas poseen y que se encuentra protegida contra la discriminación y, en tercer lugar, la falta de justificación de tal desventaja.

En esta formulación, la figura de la discriminación indirecta adoptó unas características diferentes respecto de la definición contenida en la Directiva 97/80/CE. En aquella ocasión se requería que la práctica o disposición aparentemente neutra hubiese producido sus efectos perjudiciales de manera que "*afecte a una proporción sustancialmente mayor* ". De esta expresión se dedujo tradicionalmente que esa diferencia de impacto debía demostrarse a través de datos estadísticos. En la nueva redacción, la expresión empleada "*pueda ocasionar una desventaja*" hace referencia a los potenciales efectos que esa medida pueda ocasionar, de manera que se debería probar la idoneidad que esa práctica tiene para provocar un efecto distinto y desventajoso. Se estimó que la nueva orientación resultaba un paso adelante ya que basar exclusivamente la incidencia desventajosa de la medida impugnada en la aportación de datos estadísticos podía constituirse en un obstáculo insalvable para muchas víctimas, como puso de relieve parte de la doctrina[837].

Igualmente, el criterio de la comparación, necesario para determinar la existencia de discriminación, se establecía en el pasado en términos cuantitativos mientras que posteriormente se indicó que "*pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión (...) respecto de otras personas".* Esta última modificación fue recibida como positiva[838] ya que, hasta entonces, la legislación antidiscriminatoria comunitaria había estado centrada principalmente en la discriminación por nacionalidad y por sexo.

---

[836] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE L303, de 2 de diciembre de 2000). Artículo 2.2.

[837] Schiek, Dagmar; "Indirect discrimination" en Schiek, D., Waddington, L. y Bell, M. *Non-Discrimination Law. Cases, material and text on National, Supranational and International*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 473; Aguilera Rull, Ariadna *Contratación y diferencia*, op. cit. p. 251.

[838] Waddington, Lisa y Hendriks, Aart; "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination" en *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18/3, winter 2002, p. 425.

La inclusión de la religión, la discapacidad, la edad o la orientación sexual como campos protegidos contra la discriminación exigía un enfoque más complejo. Con esta caracterización de la discriminación indirecta la comparación es contextual "desventaja particular" y frente a la concepción eminentemente grupal de la anterior norma, en esta ocasión se abre la puerta a una orientación más individualista de esta figura. El enfoque adoptado por las directivas de 2000 ya había sido anticipado por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *O'Flynn*[839] en el que trataba la discriminación indirecta por motivo de nacionalidad.

> *En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente, o en su mayor parte, a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes.*

2.- La obligación de acomodar o un concepto no tan novedoso como parece

2.1.- La obligación de acomodar en el Derecho comunitario.

La Directiva 2000/78/CE recoge la obligación de acomodar por la parte empleadora para evitar la discriminación en el acceso y permanencia en el mercado laboral de las personas discapacitadas. Desde el mismo comienzo de la formulación se subraya la vinculación de la figura del *ajuste razonable* (en la expresión empleada por la directiva) con el principio de igualdad, estableciendo así una conexión ya anticipada por el TSC en los fallos comentados. La justificación expuesta (acceso al empleo, participación o progreso profesional) tiene su fundamento en la idea de la igualdad sustancial. También se adopta el criterio de la *carga excesiva* como límite y garantía de la obligación de acomodar para ambas partes involucradas.

> *A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les*

[839] STJUE *John O'Flynn v. Adjudication Officer*, de 23 de mayo de 1996, asunto 237/94, § 18.

> *ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades*[840].

Se aprecia que la regulación de la obligación de acomodar a las personas con discapacidades se realiza con un léxico y una finalidad que recuerdan mucho a la vista en la legislación norteamericana. En ningún caso se trata de un derecho absoluto, de manera que la razonabilidad del ajuste o del acomodo vendrá determinada por las circunstancias que determinen lo excesivo de la carga a soportar por la empresa a la que se ha demandado el acomodo. Llama la atención, no obstante, que tal previsión sólo se haya establecido para los casos de discapacidad y no haya mención alguna a los otros campos en los que la discriminación puede operar y en los que está prohibida. En este sentido resulta bastante clarificadora la reflexión que hacen Waddington y Hendriks[841] cuando apuntan que, no sólo la obligación de acomodar tendría sentido más allá del ámbito establecido por la norma, sino que, en realidad, el deber de realizar acomodos ha estado presente en la legislación laboral, de forma que no es ni mucho menos un instrumento novedoso o desconocido. Hay ejemplos mediante los cuales se aprecia cómo las sociedades industrializadas han debido modificar sus estándares laborales para adaptarlos a las peculiaridades de ciertos individuos.

Los casos más relevantes dentro de la legislación comunitaria tienen que ver con las medidas implementadas en el ámbito de la seguridad y la salud en el lugar de trabajo para favorecer el acceso de determinados colectivos al mercado laboral[842]. Particular parecido

---

[840] Directiva 2000/78/CE, *op. cit.* artículo 5.

[841] Waddington, Lisa y Hendriks, Aart; "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination", op. cit., pp. 403-427. También se hace eco de esta idea Jackson Preece, Jennifer "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?" en AAVV, *Institutional Accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Council of Europe Publishing: Trends in social cohesion nº 21, 2009, pp. 111-126.

[842] Por ejemplo la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el puesto de trabajo*, que fue traspuesta al ordenamiento español a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, preveía en su artículo 14 (en lo referente a la vigilancia de la salud) que "*para garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo se fijarán medidas de conformidad con las legislaciones y / o los usos nacionales*". En su artículo 15 añadía "*Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica*". Por su parte la Directiva 94/33/CEE, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, traspuesta al ordenamiento español en la misma Ley 31/1995 mencionada, estipulaba en su preámbulo que es obligación de los empresarios "*garantizar a los jóvenes condiciones de trabajo adaptadas a su edad"* así como *"aplicar las medidas*

con la lógica de los acomodos tienen las medidas impuestas por la normativa de la UE en relación con la protección de las trabajadoras embarazadas o aquéllas que han dado a luz recientemente, así como con las bajas por maternidad[843]. Las obligaciones de la empresa empleadora van desde la necesidad de determinar los riesgos existentes para la seguridad, salud, embarazo o lactancia de las trabajadoras y, en su caso, tomará

> *las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.*
>
> *2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.*
>
> *3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud*[844].

Otras medidas igualmente vinculaban a la parte empleadora para garantizar a las empleadas períodos de baja por maternidad, mantenimiento de sus derechos de antigüedad en la empresa, asistencia a reconocimientos médicos prenatales o prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad[845]. Posteriormente, con un razonamiento parecido, se promulgó la directiva relativa al permiso parental[846], por la que se ofrecía a mujeres y hombres trabajadores un derecho individual, no transferible, de permiso parental por

necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los jóvenes sobre la base de una evaluación de los riesgos existentes para los jóvenes en relación con su trabajo".

[843] Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*, traspuesta al ordenamiento español a través de la Ley 31/95 y por el Real Decreto 298/2009. La directiva 92/85/CEE fue modificada por la Directiva 2014/27/UE de 26 de febrero de 2014.

[844] Artículo 5, Directiva 92/85/CEE.

[845] Ibíd., arts. 6-10.

[846] Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, *relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES*, traspuesta al ordenamiento español a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.*

motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años[847].

Waddington y Hendriks[848] argumentan que la lógica que descansa tras la obligación de garantizar permisos a fin de que las trabajadoras embarazadas sean sometidas a pruebas prenatales es la misma que la aplicada en ciertas legislaciones antidiscriminatorias hacia las personas discapacitadas a fin de que éstas puedan acudir, durante sus horas de trabajo, a los tratamientos de rehabilitación que precisan. Con similar presupuesto podría ser aplicado a las personas que precisen ausentarse para el rezo o para disfrutar de sus días festivos. De la misma manera, arguyen los autores mencionados, el derecho que concede la directiva de permiso parental para que los trabajadores puedan solicitar un permiso no remunerado combinado con el mantenimiento de sus derechos laborales, puede ser considerada una medida de acomodo cuya forma de razonar podría ser llevada a otros ámbitos, como el de las festividades religiosas en fechas que no coinciden con el calendario laboral tradicional en los países europeos. En cualquier caso, parece que las obligaciones de acomodar, aun con otro nombre, pero con similar lógica y finalidad, se han implementado al tratar de favorecer el acceso al mercado laboral de ciertos colectivos, así como para garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo[849].

2.2.- En el ámbito del Consejo de Europa y Naciones Unidas

Conviene tener presente que, en el ámbito concreto de los derechos de personas con discapacidad, tanto el Consejo de Europa como la Organización de Naciones Unidas han implementado medidas de orientación similar al acomodo. La Carta Social Europea[850] prevé en su artículo 15 el derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la

[847] Ibíd, clausula 2.

[848] Waddington, Lisa y Hendriks, Aart; "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination", *op. cit*. pp. 419-420.

[849] En el caso español, y referidas al ámbito de la discapacidad María Elósegui pone como ejemplo las medidas implementadas para favorecer el acceso de este colectivo a los derechos políticos. Por ejemplo, a través del *Programa de accesibilidad electoral*, cuyo objetivo explícito es el de incorporar a la normativa electoral previsiones que faciliten el derecho al sufragio de personas con discapacidad. Igualmente destaca cómo se puso a disposición de las personas invidentes la posibilidad de ejercer el voto a través de papeletas en Braille mediante Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, *por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio*. Elósegui Itxaso, María; "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, 2014, p. 89.

[850] Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Firmada por España el 27 de abril de 1978 y ratificada el 29 de abril de 1980. (BOE nº 153, de 26 de junio de 1980). Conviene recordar, sin embargo, que las Cortes Generales españolas no han ratificado aún la Carta Social revisada de 1996.

integración social y a la participación en la vida de la comunidad. Con la intención de promover su acceso al empleo, los Estados signatarios se comprometen a tomar las medidas adecuadas de estímulo a las empresas o instituciones empleadoras

> *para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad*[851].

La *Recomendación nº R(92) 6 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa* ilustra los objetivos pretendidos con esta norma en relación con el acceso al empleo de las personas con discapacidad afirmando lo siguiente:

> *IV. Empleo*
> *1. Principios*
> *(…)*
> *1.3.-Algunas personas con discapacidad pueden necesitar un programa adaptado que incorpore elementos del empleo protegido en un entorno laboral ordinario. Este empleo asistido o transicional estará disponible en función de las necesidades y preferencias del individuo. (…)*
>
> *1.6. Se atenderá especialmente a los recursos técnicos y humanos que posibilitan la plena integración laboral. Estos recursos incluyen medidas colectivas en beneficio de todas las personas con discapacidad y medidas especiales para solucionar problemas personales. La participación plena de las personas con discapacidad es un factor esencial para la integración.*

El instrumento que en el ámbito de Naciones Unidas recoge explícitamente la figura de la obligación de acomodar es la *Convención de Naciones Unidas relativa a los derechos de personas con discapacidad*[852] En su artículo 2 define los conceptos clave de la regulación, entre los cuales figura el de *ajustes razonables*.

---

[851] Traducción al castellano del artículo 15.2 de la Carta Social Europea revisada de 1996 disponible en https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent%3FdocumentId%3D090000168047e013+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=es Como ha sido dicho, España no ha ratificado aún este texto. La versión publicada en el BOE de la Carta Social Europea en vigor en España dice lo siguiente en su artículo 15.2: "*A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación*".

[852] *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Firmado y ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE nº 96, de 21 de abril de 2008).

Artículo 2. Definiciones.

A los fines de la presente Convención:

Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

Se prevé la necesidad de realizar *ajustes razonables* en ámbitos tan sensibles como la educación (artículo 24) o el empleo (artículo 27).

Los Estados Parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas (…)

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;

Precisamente es a través de la legislación antidiscriminatoria mediante la cual debemos encontrar una justificación al *acomodo razonable*, de manera que en los próximos epígrafes se va a averiguar hasta qué punto la forma en la que se ha articulado la figura de la discriminación indirecta permite dar acogida a los acomodos religiosos. Nos debemos preguntar si tiene sentido relegar el mecanismo del *acomodo razonable*, de manera explícita, al terreno de la discapacidad o si el ámbito de las prácticas religiosas también puede ser examinado a la luz de este instrumento.

3.- El derecho a la participación en la vida pública protegido a partir del principio de igualdad

Hemos visto hasta el momento cómo en el marco jurídico del CEDH el artículo 14 garantiza la igualdad en el disfrute de los derechos y libertades contenidos en el Convenio. Por lo tanto, el precepto en cuestión no actúa de manera independiente y debe ser invocado en relación con alguno de los derechos que se entienden vulnerados. La redacción del Protocolo número 12 al CEDH pretendió superar este déficit mediante la prohibición de la discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la legislación interna de los Estados, tanto si está garantizado por el CEDH o sus protocolos como si no. Igualmente prohíbe toda discriminación cometida por una autoridad pública, entendiendo por tal las autoridades administrativas, tribunales de justicia y órganos legislativos. Lamentablemente el mencionado Protocolo es el que menos Estados miembro del Consejo de Europa han ratificado, lo cual da una idea del grado de compromiso que están dispuestos a aceptar en esta materia[853]. Como apunta Ast[854], parece que hay un cierto confort en permanecer en el estadio de la denominada "primera generación" de derechos humanos. En la jurisprudencia del TEDH que hemos tenido la oportunidad de analizar, una vez examinada la alegada vulneración de la libertad religiosa a través del artículo 9 CEDH, el tribunal no ha continuado analizando la pretendida vulneración del principio de igualdad en ese derecho vía artículo 14. Sin embargo, hemos comprobado en los capítulos anteriores cómo el mecanismo de protección de las necesidades religiosas provisto por las prácticas de *acomodo razonable* ha sido implementado en EEUU y Canadá como corolario del principio de igualdad. En consecuencia, podemos preguntarnos si la manera en que el CEDH y la legislación de la UE reconocen tanto el principio de igualdad como la prohibición de discriminar, bien directa e indirectamente, ofrece algún margen para ampliar el espectro de protección de la libertad religiosa, gestionando de manera inclusiva las crecientes demandas de acomodo religioso que se están produciendo.

[853] En el momento de redactar estas líneas, verano de 2016, sólo 19 países habían ratificado el Protocolo número 12. España lo hizo en febrero de 2008 (BOE 14 de marzo de 2008), entrando en vigor el 1 de junio de 2008.

[854] Ast, Frederique; "Indirect Discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits" *op. cit.* p. 67.

En primer lugar, cabría destacar que, aunque los deberes de *acomodo razonable* en materia religiosa, formulados de manera explícita y directa, resultan novedosos en la cultura jurídica europea, el razonamiento que conduce a los mismos no tiene nada de extraño. El derecho a la plena participación de los individuos en la vida política, económica, cultural y social está reconocido expresamente en los ordenamientos democráticos (artículo 9.2 CE), así como el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE). Para conseguir poner en práctica principios tan relevantes es preciso retirar aquellas barreras que pudieran impedir su completa consecución. Es ahí donde entra en juego la idea de la igualdad sustancial como forma de alcanzar la igualdad de oportunidades. Como ilustra perfectamente Hernard[855], el acceso desigual al empleo, a la educación o, en sentido amplio, a los servicios públicos, supone la existencia de barreras a la participación que deben ser allanadas para nivelar el terreno de juego. De hecho, uno de los principios que el gobierno de Quebec formuló como inspiradores del encargo realizado a la Comisión Bouchard-Taylor fue el de la integración y la plena participación de la ciudadanía en la vida colectiva, que no en vano constituía una de las prioridades del gobierno[856]. De acuerdo a la labor de la mencionada comisión, los componentes inevitables del modelo de integración puesto en práctica en Quebec eran, en primer lugar, la participación de la ciudadanía en la vida pública y en las instituciones sociales clave, ideal que no podía llevarse a cabo sin atender al principio de igualdad. En segundo lugar, una regla general de reciprocidad que demanda de interacción entre las personas en un espacio ideal de democracia deliberativa en el que se establezcan consensos y se fijen valores comunes; y en tercer lugar un imperativo de movilidad, de límites porosos que impida que los individuos queden confinados en su estrato social, ámbito cultural, grupo étnico… y puedan trascenderlos. Este objetivo es inviable sin la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas, que marcan el camino para ofrecerles un trato justo.

Para dar fuerza a las ideas arriba mencionadas es preciso desarrollar dos dimensiones del principio de igualdad que permitan alcanzar esa equidad sustancial. Por un lado, que la igualdad efectiva puede lograrse a través del trato diferencial que tenga en cuenta las

[855] Henrard, Kristin; "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality" en *Erasmus Law Review*, vol. 5, nº 1, 2012, p. 62.

[856] "*the integration and full participation of citizens in collective life is a priority for the government*" Bouchard, Gerard y Taylor, Charles, *Building the future. A time for reconciliation*, Montreal: Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, p. 113.

características de los individuos a los que se les aplica y, por otro lado, el reconocimiento de que un trato formalmente igual puede contribuir a provocar efectos adversos en personas y colectivos que afecten a características de los mismos en los que opera una prohibición de discriminar, sin que medie una justificación objetiva y razonable.

Como se tuvo la ocasión de indicar en el capítulo 1, la formulación del rechazo a la idea de que el principio de igualdad presuponga un trato igual ha sido realizada por el TC español en varias ocasiones[857]. Resumiendo, en palabras de Contreras Mazarío

> *se puede afirmar que la igualdad jurídica del art. 14 de la CE se caracteriza por ser una "igualdad formal" y "relativa" basada en el principio de "proporcionalidad" que se plasma en el correlato negativo de la "no discriminación", en contraposición con una "igualdad material" y "absoluta"* [858].

En cuanto al segundo de los elementos, la discriminación indirecta, como quedó reflejada en el capítulo inicial de este estudio, ha sido reconocida por el TC e incorporada al ordenamiento nacional y comunitario. Es cierto que la figura de la discriminación indirecta no presupone, en su definición, la necesidad de adoptar medidas de trato diferencial o, más concretamente, de *acomodo razonable*. Sin embargo el reconocimiento de que ciertas normas, estándares o prácticas puedan producir efectos desproporcionadamente adversos en determinadas personas en ámbitos sospechosos de producir discriminación pone el dedo en la llaga de la existencia de hábitos o exigencias que, elaboradas desde el punto de vista de la población mayoritaria, no tienen en cuenta la perspectiva grupos minoritarios que, en consecuencia, encontrarán dificultades en el acceso a determinados espacios públicos (por ejemplo, la perspectiva de las personas discapacitadas). Esta característica de la discriminación indirecta pone de relevancia su alcance como herramienta jurídica para una gestión social inclusiva, la protección de la diversidad y, de manera muy relevante, la protección contra la discriminación sistémica[859].

---

857 *"…ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*" STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3. "*Dicho principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca*". STC 23/1981, de 10 de julio, FJ4. (Ambos en BOE nº 172 de 20 de julio de 1981)

858 Contreras Mazarío, José María; *Marco jurídico del factor religioso en España. Documentos del Observatorio nº1*, Madrid: Observatorio del pluralismo religioso en España; 2011, p. 19.

859 El mencionado artículo de Ast, Frédérique "Indirect Discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits", op. cit. destaca este aspecto.

Para Ast la discriminación sistémica[860] consiste en un proceso discriminatorio que deriva de una concatenación de acciones, a menudo carentes de intencionalidad, que involucran a diferentes individuos, pero también a formas de funcionamiento y prácticas cuyo resultado implica el refuerzo de la exclusión *de facto* de determinados grupos con la apariencia de ser una dinámica natural y no creada. Por este motivo, con frecuencia, las características inherentes al individuo puestas en relación con las normas, estándares y prácticas habituales en la sociedad pueden provocar su incapacidad para llevar a cabo ciertas tareas o acceder a determinados espacios de la manera convencional y provocar una exclusión permanente o, por lo menos, insuperable sin que se pongan en práctica ciertos ajustes. Si hemos dicho que esa característica inherente al individuo debería resultar irrelevante a la hora de acceder, por ejemplo, al empleo, es preciso reconocer que, si ignorásemos esta circunstancia, el acceso de las personas en esta condición al mercado laboral no estaría presidida por el principio de igualdad de oportunidades. De esta forma, en palabras de Waddington, la obligación de acomodar hasta el límite de lo razonable en el campo laboral prohíbe a la parte empleadora denegar un trabajo por causa de una característica inherente al individuo y protegida contra la discriminación, si teniendo en cuenta esta característica (mediante una alteración de las tareas asignadas, los horarios o el espacio físico) podría capacitarse al individuo para el ejercicio de este puesto de trabajo[861].

De manera que el *acomodo razonable* está vinculado a esta doble dimensión de la igualdad sustancial (*equitativa*, vinculada a la igualdad de oportunidades, y *participativa*, vinculada al acceso de la ciudadanía a la vida social[862]). Esta preocupación late tras la

[860] Se ha expuesto en el primer apartado de este capítulo que la discriminación sistémica, tal y como es definida por algunos autores podría precisar de estrategias más profundas que las abordables a través de la discriminación indirecta o el acomodo razonable. Para un acercamiento a la materia, Barrére Unzueta, Mª Ángeles; "Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2003, pp. 4-26, en la que se defiende que la discriminación, entendida de la manera en que se formula tradicionalmente no sería más que un epifenómeno de la subordinación, en la medida en que ésta tiene que ver con una desigualdad de carácter grupal. En consecuencia, propone entre otras cosas, desplazar el concepto jurídico de discriminación (desigualdad de trato), en favor de otro de subordinación (desigualdad de estatus).

[861] Waddington, Lisa; "Reasonable Accommodation" en Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa y Bell, Mark (eds.) *Non-Discrimination Law. Cases, material and text on National, Supranational and International*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 629-756.

[862] "*Lo cultural (reconocimiento) y lo económico (distribución) se sintetizan en la igualdad material. Por ello, la ciudadanía social es la ribera por la que circulan los derechos económicos, sociales y culturales que genéricamente denominamos derechos sociales. De hecho, muchas reivindicaciones de reconocimiento en forma de derechos de minorías, son frenadas, muchas veces, debido al costo real de su implementación: sería necesario desplegar un bagaje institucional y un proyecto público de capacitación en forma de*

incorporación explícita en la normativa comunitaria de la obligación de acomodar para las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Ahora bien, no nos parece que haya motivos para restringir esta forma de razonar a un único ámbito protegido contra la discriminación y se podría argumentar que debería estar al alcance de otras características protegidas de las personas, entre ellas, la religión. Al fin y al cabo, la religión posee rasgos que han justificado plenamente su inclusión entre los campos sospechosos de ser susceptibles de provocar un trato discriminatorio. En primer lugar, se trata de una característica inherente e inmutable[863] de los individuos. En segundo lugar, se trata de un rasgo que debería ser irrelevante a la hora de juzgar a las personas y no debería ser tenido en cuenta al decidir su acceso a un empleo o a cualquier prestación, bien o servicio. Finalmente, en el terreno histórico, la religión ha sido causa de persecución y discriminación injustificada en Europa.

Ahora bien, debemos preguntarnos si, en ausencia de una formulación legal explícita de la obligación de acomodar hasta el límite de lo razonable, podríamos encontrar encaje a la lógica de los acomodos a partir de la citada prohibición de discriminación y del reconocimiento de la figura de la discriminación indirecta que se ha consolidado en la legislación comunitaria y de sus Estados miembro.

derechos que se traduciría, lógica e inicialmente, en costos para la comunidad política mayoritaria. Un incremento en la inversión pública para promocionar y potenciar derechos aparece como trasfondo de todas estas cuestiones." Martínez de Bringas, Asier; *Globalización y derechos humanos*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 15, Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 61.

[863] Es cierto que la naturaleza mutable o inmutable de la religión como ámbito protegido contra la discriminación es controvertida. Incluso quienes puedan argumentar que, lejos de ser una característica inmutable, es simplemente una cuestión de preferencia personal, no estarían en condiciones de negar que la práctica religiosa forma parte constitutiva del derecho fundamental a la libertad religiosa y, a los efectos que interesan a este estudio, esa circunstancia es suficiente para fundamentar su inclusión entre los factores que deben ser protegidos, por constituir elementos que pueden lastrar el acceso de la ciudadanía al espacio público en igualdad de oportunidades. La sinceridad de las creencias y la coherencia de las mismas pueden ser pistas adecuadas que ayuden a discriminar aquellas solicitudes que deben ser objeto de tutela de los eventuales excesos que se puedan presentar.

III.- DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LIBERTAD RELIGIOSA EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL EUROPEA

> Siendo Oliver Wendell Holmes magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: "¡Haga justicia, magistrado!". Holmes paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand y sacando la cabeza por la ventana le dijo: "¡Ese no es mi trabajo!".
>
> Ronald Dworkin – *La justicia con toga*

4.- La experiencia del TJUE.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) la libertad de pensamiento, conciencia y religión está reconocida en el artículo 10.1. Por su parte las limitaciones eventualmente imponibles a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta deberán haber sido previstas en una ley y ser puestas en práctica de manera que respeten el contenido esencial de ese derecho, tal y como establece el artículo 52.1.

> *Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

Una previsión que tendría un valor similar al artículo 9.2 CEDH, aunque es de destacar la apelación explícita que hace al principio de proporcionalidad como guía para la ponderación en caso de conflicto. De esta manera, el test para la justificación de la interferencia producida en un derecho reconocido en la Carta vendría a ser similar al test de necesidad implementado por el TEDH, en el que se fiscalizaría la legitimidad del objetivo propuesto, así como la proporcionalidad de los medios empleados[864]. Erica

[864] STJUE *Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, de 13 de julio de 1989, asunto 5/88, § 18: "*Los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal de Justicia no constituyen, sin embargo, prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, a condición de que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la substancia misma de dichos derechos*". Afirmado en STJUE, *Karlsson and others*, de 13 de abril de 2000, asunto 292/97, § 45.

Howard[865] sugiere que, en este marco de acción, no sería previsible que el TJUE siguiese un camino de razonamiento diferente del empleado por el Tribunal de Estrasburgo.

Otro camino se abriría a través de la mencionada figura de la discriminación indirecta. A pesar de su reconocimiento en materia religiosa en las directivas comunitarias y de su trasposición al ordenamiento español, aún no se ha producido ninguna sentencia ni en la jurisprudencia española ni en la del TJUE. En este último tribunal resulta comprensible ya que, a diferencia del TEDH, en el que la legitimación para recurrir al mismo es muy amplia[866], las personas físicas o jurídicas sólo podrán interponer recurso ante situaciones en las que los actos o decisiones les afecten directamente o les conciernan de manera individual y directa[867]. También existiría la posibilidad de que un tribunal de justicia de uno de los países miembro se dirigiera al TJUE para plantear una cuestión prejudicial referente a la manera de interpretar los tratados[868]. Es preciso mencionar, asimismo, que el TEDH y el TJUE ejercen un diferente papel jurisdiccional y dan cumplimiento a un mandato distinto. Por un lado, el Tribunal de Luxemburgo tiene la misión de garantizar una interpretación uniforme de la legislación comunitaria en los diferentes países miembro mientras que el Tribunal de Estrasburgo pretende fiscalizar las eventuales violaciones del CEDH que, en los casos que se le presentan, han podido cometer los Estados signatarios del mismo. Mientras el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece estándares mínimos y el tribunal entiende que los Estados pueden tener un cierto margen de discrecionalidad, la legislación comunitaria puede ampliar ese umbral mínimo, aunque nunca disminuirlo.

No obstante, la legislación comunitaria menciona y se adhiere al CEDH, asumiendo su contenido como parte de los principios inspiradores de la legislación de la UE. Tanto el

[865] Howard, Erica; "Protecting freedom to manifest one's religion or belief: Strasbourg or Luxembourg" en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32/2, 2014, p. 172.

[866] Artículo 34 CEDH: "*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos*".

[867] Artículo 263 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): "*Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución*".

[868] Artículo 267 TFUE: *"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo".*

Tratado de la Unión Europea como la CDFUE asumen como propios los estándares de protección de los derechos humanos del Convenio[869].

En el Derecho comunitario la discriminación directa no es justificable, salvo en el caso de la edad[870]. En varias ocasiones el TJUE ha entendido que esta justificación de la discriminación directa por motivos de edad en el ámbito laboral como consecuencia de requisitos profesionales "*impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria*"[871]. En relación con este debate hay autoras[872] que entienden que si el requisito de un nivel elevado de exigencia probatoria ha sido establecido en relación con un campo como la edad, en el que la prohibición contra la discriminación acepta la existencia de discriminación directa (en un número limitado de situaciones), con mayor razón se deberá exigir ese rigor fiscalizador en el resto de ámbitos protegidos, como la religión, en los cuales la discriminación directa resulta injustificable en todo caso.

Como ya se ha visto, la eventual justificación de un caso de discriminación indirecta está sometida a un examen donde "*pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*"[873]. Posteriormente el artículo 2.5 añade una serie de causas legítimas cuyo enunciado replica casi idénticamente el texto del artículo 9.2 CEDH.

---

[869] El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea dice "*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (…) Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*". Artículo 52.3 CDFUE "*En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa*".

[870] Artículo 6.1 Directiva 2000/78/CE: "*… los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*".

[871] STJUE *The Queen a instancia de The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, de 5 de marzo de 2009, asunto 388/07.

[872] Henrard, Kristin; "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality", *op. cit.* y Howard, Erica; "Protecting freedom to manifest one's religion or belief: Strasbourg or Luxembourg?", *op. cit.*

[873] Artículo 2.2 Directiva 2000/78/CE

> *La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.*

Fue en el caso *Jenkins*[874] en los años 80 cuando el TJUE configuró los elementos constitutivos de la discriminación indirecta y en el conocido caso *Bilka Kaufhaus*[875] se prefiguró el test de objetividad con vistas a su justificación respondiendo a un análisis consistente en tres pasos:

> *cuando se constate que los medios elegidos para alcanzar este objetivo responden a una exigencia efectiva de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo de que se trata y son necesarios a tal fin.*

Con estas condiciones el test impone un estándar probatorio muy alto para evaluar la eventual existencia de una discriminación indirecta, haciendo depender la conveniencia de la medida adoptada a la adecuación, idoneidad y necesidad de la misma. Las meras preferencias de la clientela o la simple conveniencia de la empresa empleadora no se entenderían como causas legítimas para amparar una restricción de este tipo. Incluso, para Dagmar Schiek,[876] de tal planteamiento podría desprenderse que allí donde pudiese encontrase una alternativa menos discriminatoria, la medida no quedaría objetivamente justificada. Howard[877] añade que, en consecuencia, las circunstancias de la parte demandante deberían ser tenidas en cuenta a la hora de ponderar si hay alternativas menos gravosas para alcanzar el objetivo propuesto. Aunque este esquema se perfiló en un fallo que tenía que ver con la discriminación por razón de sexo, la pregunta es si hay motivos

[874] El primer caso en el que el TJUE decidió acerca de un caso de discriminación indirecta, referida a la diferente remuneración del trabajo a tiempo parcial. STJUE *Jenkins v. Kingsgate*, de 31 de marzo de 1981, asunto 96/80.

[875] STJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84. Se trata de una recurrente demanda en la que se alega discriminación indirecta por la remuneración o los beneficios laborales ligados al empleo a tiempo completo comparados con los disponibles para el empleo a tiempo parcial. La empresa alemana *Bilka Kaufhaus* constituyó un régimen complementario de pensiones para sus empleados. Sin embargo, quienes estuviesen trabajando a tiempo parcial sólo podían tener acceso a este régimen si habían trabajado durante quince años a jornada completa en un cómputo total de veinte años. La demandante, señora Weber, trabajó a tiempo completo desde 1961 hasta 1972 y desde esa fecha hasta su jubilación lo hizo a tiempo parcial. En consecuencia, le fue denegada la prestación por no alcanzar el tiempo mínimo requerido. La trabajadora denunció este régimen por entender que vulneraba el principio de igualdad ya que son las mujeres quienes, de manera mayoritaria respecto a los trabajadores varones, asumen un contrato a tiempo parcial para poder compaginar su desempeño profesional con la atención a menores, personas mayores u otras tareas domésticas.

[876] Schiek, Dagmar; "Indirect discrimination" en Schiek, D., Waddington, L. y Bell, M. *Non-Discrimination Law. Cases, material and text on National, Supranational and International*, op. cit. p. 357.

[877] Howard, Erica; "Protecting freedom to manifest one's religion or belief: Strasbourg or Luxembourg?" op. cit.

para restringirlo a este ámbito o, por el contrario, podría ser aplicado en otros campos en los que opera la prohibición de discriminar. Esto último es lo que defiende Vickers[878] ya que, si la labor del Tribunal de Luxemburgo es la de garantizar una interpretación y aplicación del Derecho comunitario, restringir este criterio sólo a la discriminación por razón de sexo conduciría a una inconsistencia en la aplicación de la norma antidiscriminatoria.

Para Howard el test establecido en la discriminación por razón de sexo en el caso *Bilka Kaufhaus* no sólo debería servir para el resto de circunstancias protegidas contra la discriminación, sino que sería un indicio de la mayor protección que el Tribunal de Luxemburgo podría llegar a ofrecer a la libertad religiosa frente al estándar impuesto por el Tribunal de Estrasburgo[879]. En cualquier caso, da la impresión de que las exigencias impuestas por los test de objetividad y, en su caso, de proporcionalidad en los casos de discriminación indirecta por el TJUE podrían dar lugar a una aplicación más estricta de la ponderación de los bienes jurídicos en juego que la emprendida hasta el momento por el TEDH.

Hasta que aparezca en el horizonte del TJUE algún caso en que podamos comprobar estos planteamientos, debemos mencionar el conocido caso *Vivien Prais*[880] en el que la demandante deseaba presentarse a unas oposiciones del Consejo de las Comunidades Europeas para cubrir puestos de intérprete. La fecha escogida para el examen coincidía con el primer día de la festividad judía de *Shavuot*, razón por la cual la candidata (que profesaba esta fe) pidió que la fecha del ejercicio le fuese cambiada. El rechazo a su solicitud la empujó a recurrir al TJUE. En el fallo, el tribunal reiteró que la fecha del examen debe ser la misma y realizarse bajo las mismas condiciones para todas las personas candidatas. El recurso de la demandante ante la administración convocante fue

[878] Vickers, Lucy; *Religion and belief discrimination in employment-the EU law*. Luxemburgo: Office for official publications of the European Communities, 2006, p. 14.

[879] Entre las razones aducidas por Howard están el ya mencionado umbral mínimo de protección que impone el artículo 52.3 CDFUE en relación con los derechos y libertades reconocidos en el CEDH, sin perjuicio de que el Derecho comunitario pueda conceder una protección más extensa. También argumenta la autora británica que, si bien a la luz de la redacción del artículo 14 CEDH, las discriminaciones directas o indirectas podrían ser justificadas, la legislación comunitaria sólo entiende justificables, con la excepción ya indicada de la edad, las discriminaciones indirectas. En este sentido, el exigente test de *Bilka Kaufhaus* resulta indicativo de cuál puede ser el estándar de exigencia aplicado por el TJUE. Finalmente, se recuerda que el Tribunal de Luxemburgo no aplica el criterio del margen estatal de apreciación que habitualmente esgrime el Tribunal de Estrasburgo, en la medida en que ambas instituciones tienen finalidades diferentes.

[880] STJUE, de 27 de octubre de 1976, *Vivien Prais v. Council of the European Communities*, asunto 130/75.

extemporáneo (ya que llegó cuando el resto de personas candidatas ya habían sido citadas), de manera que el tribunal entendió que no había obligación de llevar a cabo el cambio de fechas solicitado. Ahora bien, hace una matización cuya lógica resulta cercana al acomodo al referirse a la necesidad de tener en cuenta las necesidades religiosas cuando éstas son comunicadas en tiempo y forma, aunque también subraya el hecho de que realmente no hay obligación alguna de acomodar por parte del órgano convocante en este caso.

> [16] *If a candidate informs the appointing authority that religious reasons make certain dates impossible for him the appointing authority should take this into account in fixing the date for written tests, and endeavour to avoid such dates (...)*
>
> [18] *If it is desirable that an appointing authority informs itself in a general way of dates which might be unsuitable for religious reasons, and seeks to avoid fixing such dates for tests, nevertheless, for the reasons indicated above, neither the Staff Regulations nor the fundamental rights already referred to can be considered as imposing on the appointing authority a duty to avoid a conflict with a religious requirement of which the authority has not been informed.*
>
> [19] *In so far as the defendant, if informed of the difficulty in good time, would have been obliged to take reasonable steps to avoid fixing for a test a date which would make it impossible for a person of a particular religious persuasion to undergo the test, it can be said that the defendant in the present case was not informed of the unsuitability of certain days until the date for the test had been fixed, and the defendant was in its discretion entitled to refuse to fix a different date when the other candidates had already been convoked.*[881]

En consecuencia, es cierto que explícitamente se alude a la inexistencia de una obligación de acomodar, pero por otro lado se indica la necesidad por parte de la autoridad convocante de adoptar pasos razonables para evitar la coincidencia de fechas, si se hubiese dado la premisa de que la parte demandante hubiese informado de la dificultad que se le presentaba en el plazo adecuado. Ciertamente el tribunal está hablando en condicional, pero también es verdad que la eventualidad de adaptar las fechas de examen surge como una alternativa menos gravosa que la de privar a la demandante de su posibilidad de concurrir al examen y se haría así compatible el imprescindible celo organizativo de la autoridad convocante del examen con la idea de equidad sustancial que inspira el principio de la igualdad de acceso de todas las personas a las oportunidades del empleo público. De manera que de la ponderación de la proporcionalidad de la medida

[881] Ibíd. §16-19.

podría estar derivándose un mandato de testar la existencia de alternativas menos gravosas en forma de acomodos. No obstante, como indicó el TJUE en el caso *Bilka Kaufhaus*, corresponde a los tribunales nacionales la aplicación del test de objetividad enunciado en aquel caso.

5.- Apuntes de la práctica española

En el caso español, en la STC 253/2004 (citada en el capítulo 1) se puede apreciar la aplicación de la ponderación de la proporcionalidad en sentido estricto en la evaluación de la medida impugnada. Recordamos que en aquella ocasión el tribunal fue cuestionado acerca del posible carácter discriminatorio que tenía la previsión legal que exigía el cómputo de las horas efectivamente trabajadas en los contratos a tiempo parcial, de cara a acceder a las prestaciones de la seguridad social, mientras que en los contratos a tiempo completo tal requerimiento no era necesario. El tribunal entendió que la medida podía estar justificada en atención al principio contributivo que inspira la actuación de la administración y en aras de lograr el equilibrio financiero del sistema de la seguridad social. Sin embargo, al plantearse la proporcionalidad de la medida, descubre que ésta afecta de una manera desproporcionadamente mayor a un colectivo (el de mujeres que optan por esta modalidad laboral) evitando su acceso a la protección social.

> *Ahora bien, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no solo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen períodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados, como sucede con la prestación de invalidez que se discute en el proceso de origen de la presente cuestión*[882].

[882] STC 253/2004, *op. cit.* FJ6

Aunque lo que se ventilaba en esta ocasión era una cuestión de inconstitucionalidad trasladada al TC, por un juzgado de lo social de Pontevedra, acerca de un precepto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se aprecia que, en la evaluación de la proporcionalidad de los efectos producidos por la norma, resultan relevantes las circunstancias de las personas afectadas.

En materia particularmente religiosa, en el ámbito laboral, con anterioridad a la trasposición de las directivas de 2000, en el ordenamiento español ya se introdujo una previsión tendente al acomodo de ciertas prácticas, fundamentalmente relacionadas con los días de descanso semanal y con la asistencia a centros de culto. La modificación, por motivos religiosos, del régimen de festividades y días de descanso del que da cuenta el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores[883] fue prevista en las leyes ordinarias que sancionan los acuerdos que el Estado español alcanzó con la Federación de entidades Evangélicas, Israelitas e Islámicas[884]. La regulación del descanso laboral y de la asistencia a festividades religiosas se encuentra en los respectivos artículos 12.1 y 12.2 de cada una de las leyes. Veamos como ejemplo la relativa a las comunidades israelitas. El precepto previsto para las comunidades evangélicas y para las comunidades islámicas es análogo:

> *1. El descanso laboral semanal, para los fieles de Comunidades Israelitas pertenecientes a la FCI, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.*
>
> *2. Las festividades que a continuación se expresan que, según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo.*
>
> *– Año Nuevo (Rosh Hashaná), 1.º y 2.º día.*
>
> *– Día de Expiación (Yon Kippur).*
>
> *– Fiesta de las Cabañas (Succoth), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.*

[883] Que expresa una preferencia clara por el domingo como día de descanso semanal al establecer que éste consistirá en día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. El punto 2 del mismo artículo reconoce la existencia de un máximo de catorce días festivos y retribuidos al año, cuyo desarrollo se encuentra en el artículo 45 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de julio de *regulación de jornadas de trabajo, jornadas especiales y descansos* (BOE nº 180, de 29 de julio de 1983).

[884] Leyes 24, 25 y 26/1992 de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y la Comisión Islámica de España (CIE).

– Pascua (Pesaj), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.

– Pentecostés (Shavuot), 1.º y 2.º día.

A pesar de la aparente vocación acomodadora de las necesidades religiosas, se aprecia que en la redacción el eventual acomodo queda condicionado a que "*medie acuerdo entre las partes*". Por un lado, esta formulación deja al arbitrio de las relaciones laborales un aspecto relevante de la exteriorización de la libertad religiosa y de culto[885]. Por otro, aunque la determinación del calendario laboral en España carece en la actualidad de justificación religiosa y busca su legitimidad en aspectos seculares y laborales propios de la tradición[886], su deuda con una prolongada confesionalidad católica es evidente. En este sentido resulta claro que la posición de las personas que demandan días festivos por motivación religiosa, que sean diferentes a los consagrados por el tiempo, supone una desventaja respecto a quienes no tienen inconveniente en seguir la situación establecida, y su margen de negociación es menor. Un acomodo articulado en torno a la mera voluntad "libremente negociada" de las partes queda seriamente limitado en la práctica. De ahí que, como se ha defendido, la obligación de acomodar no sea una mera exención, de carácter más o menos privilegiado, sino que debe articularse como un corolario del principio de igualdad. Suscribimos las palabras de Aguilera Rull "*El derecho de la antidiscriminación, si quiere resultar exitoso, debería garantizar la libertad de decidir de aquellos colectivos que justamente por haber estado apartados históricamente de todo proceso discursivo no han podido participar de la elaboración de los valores, de los modelos*"[887]. En este sentido, la apuesta clara por desarrollar la discriminación indirecta por razón de religión y su ponderación con un test de objetividad como el propuesto por el TJUE para las discriminaciones por motivo de sexo, o bien como el articulado por la legislación canadiense con la misma finalidad tuitiva, es el entramado que sujeta la obligación de acomodar como un auténtico instrumento inclusivo, como un camino de

[885] En los casos que hasta el momento han llegado a los tribunales por causa de necesidades religiosas en el puesto de trabajo, cuando la ponderación de los derechos en juego ha sido favorable a la libertad de empresa (haciendo prevalecer, por ejemplo, la seguridad jurídica) no se han dado pistas sobre la manera en que la libertad religiosa podría llegar a prevalecer sobre los otros intereses en juego. STC 19/1985, *op. cit*.; STS, sala de lo social, de 20 de abril de 1988, RJ 2999/1988; STSJ Madrid, de 27 de octubre de 1997, op. cit.; STSJ Baleares, de 9 de septiembre de 2002, op. cit.; STSJ Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 2000, Sentencia nº 3421/2000, AS\2001\508.

[886] STC 19/1985, *op. cit.*, FJ 4.

[887] Aguilera Rull, Ariadna; *Contratación y diferencia*, op. cit. p. 157.

participación de los individuos en la vida social y no como un privilegio o como una concesión deudora de la voluntad negociadora de la parte mejor posicionada.

En los artículos 12.3 y 12.4 de las leyes citadas existen asimismo sendas previsiones aplicables al caso del alumnado de fe judía en centros públicos y privados concertados para que puedan tener a su disposición fechas alternativas para exámenes programados en viernes tarde o en alguna de las festividades judías precitadas.

> *3. Los alumnos judíos que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes, en el día de sábado y en las festividades religiosas expresadas en el número anterior, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela.*

Una vez más, un enfoque orientado desde la figura de la discriminación indirecta habría permitido incluir en este precepto a los centros privados no concertados cuyo alumnado igualmente debería estar capacitado para esperar una fecha alternativa y respetuosa con su fe, siempre que ello fuera posible. Tal vez inspirado en el caso *Vivien Prais*, el artículo 12.4 hace referencia a los exámenes u oposiciones convocadas por la administración pública.

> *4. Los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas, convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse en sábado y en las festividades religiosas anteriormente expresadas, serán señalados, para los judíos que lo soliciten, en una fecha alternativa, cuando no haya causa motivada que lo impida.*

Un reciente fallo del TS, basado en este precepto, ofrece un acercamiento a la materia muy estimulante y que merece ser destacado[888]. Una opositora, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo día, concurrió a un proceso de selección convocado por la Consejería de Educación del Gobierno de Galicia, una de cuyas pruebas fue programada para un sábado. La demandante, entonces, hizo saber su condición religiosa y solicitó el cambio de fecha con arreglo a la norma reproducida más arriba. En la respuesta que obtuvo, la administración le comunicó que se trataba de una prueba de llamamiento único a realizar en unidad de acto y a la que también estaban convocadas otras 48 personas. La interesada no se presentó a la prueba y, en consecuencia, fue excluida del proceso.

[888] STS, sala de lo contencioso-administrativo, sección 7ª, de 6 de julio de 2015, RJ 2015\3459.

Estimamos que el tribunal, en este caso, comienza planteando adecuadamente los bienes jurídicos en conflicto. El fuero externo de la libertad religiosa de la demandante, por un lado, y los principios organizativos esgrimidos por la administración pública, por otro y que se pueden formalizar en los principios de llamamiento único, de unidad de acto y en la garantía del principio de igualdad. El fallo, del cual fue ponente el magistrado D. Pablo Lucas Murillo, parte de un explícito reconocimiento del principio de *favor libertatis*, estableciendo que las medidas limitadoras de derechos fundamentales son excepcionales y, por ello, deben ser claramente identificadas y evaluadas. Aplicado esto al caso concreto, la regla general debe ser la adecuación de las fechas de examen y lo excepcional, la no disposición de una fecha alternativa.

> *Los criterios de interpretación admitidos en Derecho nos ayudan a concluir que la regla en estos casos debe ser el uso de una fecha alternativa y la excepción la negativa a ello y que, como todas las reglas excepcionales, ha de ser objeto de un entendimiento restrictivo. Asimismo, sabiendo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha reiteradamente afirmado el mayor valor de los derechos fundamentales y llamado a interpretar el ordenamiento jurídico de la manera más favorable a su efectividad, postulados estos tan consolidados que excusan de la cita de sentencias que los proclamen, esa anterior conclusión se ve reforzada y converge con las razones anteriores hacia la ulterior afirmación de que la causa que impida celebrar en fecha alternativa la prueba o examen ha de tener entidad suficiente y que la Administración la ha de poner de relieve con precisión*[889].

En consecuencia, no se niega la entidad de los principios esgrimidos por la administración, pero se reconoce que, si hubiese una forma de conciliar ambos extremos, se debería por esa otra solución. En este sentido, se entiende que la demandante consiguió acreditar en la fase de prueba que otras administraciones, guiadas también por los mismos principios que la Consejería convocante en este caso, encontraron fórmulas que tutelaban ambos extremos. Por ejemplo, se citó el caso de la Universidad de Educación a Distancia, la cual permite realizar los exámenes en una fecha distinta a la prevista con carácter general. Se trata de una medida pensada inicialmente para el alumnado al cual le coinciden en una misma fecha los exámenes de dos asignaturas distintas, pero que se ha empleado también para alumnado creyente cuando los días designados para una prueba coinciden con una festividad o día de observancia religiosa. Igualmente, el Ministerio de Sanidad, en unas pruebas selectivas de formación sanitaria especializada, en un caso

[889] Ibíd. FJ 6º

aparentemente similar al que nos ocupa, convocó a los opositores sabatianos a la misma hora que el resto (las 15:30 h. del sábado) pero los ubicó en unas dependencias del Ministerio en las que estuvieron incomunicados hasta la puesta del sol de ese mismo día, momento en el cual se les planteó el mismo examen que ya habían realizado los demás aspirantes.

De esta manera, el tribunal entiende que hay ejemplos de conciliación de ambos extremos que la administración gallega podía haber adoptado en el caso que nos ocupa. No sólo en el ámbito de alumnado religioso, sino también en otros campos igualmente sensibles.

> *Además sucede que en ocasiones en las que se ha planteado el conflicto entre la situación personal concreta de un aspirante que no le permitía realizar en condiciones de igualdad una determinada prueba, esta Sala no ha encontrado obstáculo para acceder a su solicitud de efectuarla en un momento distinto al inicialmente previsto en la unidad del acto ni en el llamamiento único [sentencias de 14 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2520) (casación 4371/2012) y 27 de abril de 2009 (4595/2005)]. Y aunque esas sentencias consideraban supuestos relacionados con la maternidad inminente o con impedimentos físicos derivados de una intervención quirúrgica, no hay obstáculo para tenerlas en cuenta a los efectos indicados porque muestran que la unidad del acto o el llamamiento único en procesos selectivos no poseen por sí solos entidad bastante para prevalecer frente a un derecho fundamental*[890].

Si bien no se hace mención a la figura del *acomodo razonable* ni a la discriminación indirecta, por la vía del test de proporcionalidad el tribunal busca la tutela de los bienes jurídicos en juego. En ese proceso, explícitamente alcanza algunas conclusiones que, a modo de ideas, han sido aventuradas en este estudio. En primer lugar, examina la necesidad de la medida limitadora identificando adecuadamente los bienes jurídicos objeto de tutela en esta controversia. En segundo lugar, entiende que la limitación de un derecho fundamental debe ser excepcional y debe ser proporcionada. Para testar esta circunstancia entiende que si hubiese alguna medida disponible que permitiese proteger ambos extremos, debería ser escogida. En tercer lugar, toma posición al entender que en el pasado se han adoptado medidas de adecuación de las fechas de examen (de acomodo se podría haber dicho, con el mismo significado) cuando concurrían circunstancias derivadas de la maternidad o del campo de la discapacidad. El tribunal no ve motivos para no adoptar este baremo de medir, si hubiese alternativas disponibles, en el campo de la

[890] Ibíd. FJ 6º

manifestación religiosa. Finalmente, se estima que no hacer este esfuerzo conciliador, cuando existe la posibilidad de hacerlo, dejaría vacío de contenido el artículo 12.4 de las leyes 24, 25 y 26 de 1992.

En definitiva, nos parece un pronunciamiento que, al afear a la administración pública su inacción a la hora de articular soluciones tuteladoras de los diferentes intereses en conflicto, cuando existía posibilidad de hacerlo, deja entrever un camino muy interesante a la hora de evaluar la proporcionalidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, que podría resultar prometedora en el futuro.

De cualquier manera, no es abundante la experiencia acumulada en el caso español, así que puede resultar de ayuda que fijemos nuestra atención en casos de otros Estados miembro que han empleado la figura de la discriminación indirecta con la vocación inclusiva expresada en este estudio y que han aplicado el test de objetividad, de una manera estricta, en los casos de eventual discriminación religiosa llegando a entender que la ponderación de la medida impugnada podría llevar consigo la necesidad de valorar la existencia de alternativas menos gravosas.

6.- Una visión desde la perspectiva británica y holandesa

En el Reino Unido mencionamos en el capítulo anterior el caso *Watkins-Singh* en el que se reconoció que la demandante había sido objeto de discriminación indirecta al serle aplicado el reglamento del centro escolar que prohibía cualquier pieza de joyería sin reconocer que la *kara* era un elemento religioso propio del credo sij. En aquella ocasión se ponderó que los beneficios obtenidos con la medida puesta en práctica (y considerada justificada en el primero de los pasos del test de objetividad) no superasen los efectos adversos generados, lo cual no es sino otra manera de formular el requisito de la proporcionalidad.

Howard[891] alude al caso *Azmi*[892], cuyo razonamiento confirmaría de manera implícita el argumento según el cual, en el test de objetividad, el estudio de la proporcionalidad de la medida adoptada implicaría la búsqueda de alternativas menos gravosas. En *Azmi* se analizó el caso de una profesora asistente en un centro escolar que solicitó vestir *niqab*

[891] Howard, Erica; "Reasonable accommodation of religion and other discrimination grounds in UE law" en *European Law Review* nº 38, junio 2013, pp. 365-366.
[892] *Azmi v. Kirklees MBC* [2007] I.R.L.R. 484 EAT

siempre que tuviese que auxiliar a un profesor varón. El centro, en un primer momento, no se negó, aunque posteriormente reconsideró su situación al comprobar que en las clases el alumnado hacía esfuerzos por encontrar pistas que les permitiesen seguir visualmente el discurso de la señora Azmi y al notar que su dicción no era tan clara como cuando no tenía el velo que tapaba su cara. La dirección del centro prohibió a la demandante portar *niqab* cuando estuviese en clase con el alumnado, aunque le permitió vestirlo en otros espacios y ocasiones. En su análisis acerca de la existencia de discriminación indirecta tanto el Employment Tribunal como el Employment Appeal Tribunal valoraron positivamente las medidas alternativas que el centro había propuesto a la profesora auxiliar y concluyeron que, aunque hubo discriminación indirecta la medida quedó justificada ya que la solución adoptada fue la mejor de las alternativas disponibles.

> *The ET reminded itself of the consideration which had been given by the Respondent to alternative ways for accommodating the Appellant's wish to wear her veil when in the classroom with a male teacher, including suggestions that she use a screen; or that she remain with her back to the teacher; or that she remove the target group from the classroom; or that she use more hand and body gestures; or that the timetable be changed so that she only taught with female teachers. In respect of each of these possible alternatives, including actions such as raising her voice, the ET concluded that it was satisfied that the Respondent had shown that the imposition of the PCP was a proportionate means of achieving their legitimate aim. They did so having explicitly reminded themselves of the approach identified most recently in Hardy and Hansons Plc v Lax and having conducted the kind of stringent investigation of the alternative means of achieving the aim by not imposing this requirement upon the Appellant, and having concluded that the Respondent had discharged the statutory burden upon it. In those circumstances, in our judgment, the ET did not err in law in its decision on whether the indirect discrimination that they found was justified within the terms of the statute*[893].

Varios estudios han llamado la atención acerca del caso holandés en materia antidiscriminatoria[894]. Holanda cuenta desde 1994 con una ley destinada a combatir la

[893] *Ibíd*. § 73-74.

[894] Loenen, Titia; "Accommodation of religion and sex equality in the workplace under the EU equality directives: a double bind for the European Court of Justice" en Alidadi, Katayoun et al. (eds) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*, Farnham: Ashgate Publishing, 2012, pp. 103-120; Howard, Erica "Reasonable accommodation of religion and other discrimination grounds in UE law", op. cit.; Burri, Susanne; "Promises of an intersectional approach in practice? The Dutch Equal Treatment Commission's case law" en Schiek, Dagmar y Lawson, Anna (eds.) *European Union non-discrimination law and intersectionality*, Farnham: Ashgate Publishing, 2011, pp. 97-110; Jackson Preece, Jennifer "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?" *op. cit.*

discriminación, la *Equal Treatment Act*[895]. En ella se reconocen tanto la discriminación directa como la indirecta con definiciones similares a las contenidas en las directivas comunitarias que hemos aludido y exigen para su justificación un test de objetividad[896]. La ley prevé la existencia de un organismo cuasi-judicial originariamente conocido como *Equal Treatment Commission* (ETC), que a partir del 2 de octubre de 2012 se ha convertido en el *Netherlands Institute for Human Rights*. Se trata de un órgano no jurisdiccional pero compuesto por juristas cuya misión es la de supervisar la puesta en práctica de los preceptos legales de la *Equal Treatment Act*, así como ofrecer pautas de interpretación para su articulado. Sus decisiones no son vinculantes para los tribunales de justicia, aunque éstos en numerosas ocasiones se han remitido a sus pronunciamientos. El procedimiento para comparecer ante este órgano es breve, sin cargo alguno y no es precisa la asistencia letrada.

Loenen[897] reporta algunos casos que tienen que ver con la manifestación religiosa en el puesto de trabajo y en los cuales se estimó que hubo discriminación indirecta cuando los requerimientos o estándares laborales aparentemente neutrales provocaban un perjuicio injustificado a personal que guiaba su conducta por preceptos religiosos. En el test de objetividad aplicado, al igual que lo visto en otros casos, la ponderación de la existencia de medidas menos gravosas, así como la proporcionalidad de los medios empleados juegan un papel relevante.

La autora holandesa ejemplifica esta metodología con dos casos[898] fallados por la entonces existente ETC. El primero[899] tenía como protagonista a un trabajador cristiano cuya contratación fue rechazada por no estar disponible para trabajar los domingos al ser

---

[895] En su denominación original *Algemene Wet Gelijke Behandeling.*

[896] *General exceptions. Section 2*

1. The prohibition on discrimination contained in this Act shall not apply to indirect discrimination if the discrimination is objectively justified by a legitimate aim and the means used to achieve that aim are appropriate and necessary.

Traducción al inglés no oficial. Realizada por el Instituto holandés de derechos humanos y disponible en su página web

https://mensenrechten.nl/sites/default/files/2013-05-08.Legislation%20Equal%20Treatment.pdf

[897] Loenen, Titia; "Accommodation of religion and sex equality in the workplace under the EU equality directives: a double bind for the European Court of Justice", *op. cit.* pp. 110-117.

[898] Los textos de los pronunciamientos están disponibles en la web http://www.mensenrechten.nl solamente en idioma holandés.

[899] Opinión del ETC 2006-147, de 12 de julio de 2006, *Onderscheid op grond van godsdienst door sollicitant af te wijzen voor de functie van sluiswachter omdat hij vanwege zijn geloofsovertuiging niet op zondag wil werken*.

para él un día de observancia religiosa obligatoria. El ETC entiende que una norma laboral que exige estar disponible para trabajar los siete días de la semana puede impactar desfavorablemente en quienes se guían por un credo religioso que les impone guardar un día de descanso. En este sentido puede ser indirectamente discriminatoria. El test de objetividad destinado a averiguar si la medida está justificada o no debe girar en la mayoría de los casos en torno al elemento de la necesidad de la misma. Para ello es preciso comprobar si la finalidad propuesta podría ser obtenida por vías menos lesivas (test de subsidiariedad) y si los medios empleados son proporcionados (test de proporcionalidad, es decir, si los efectos beneficiosos logrados con la medida superan a los efectos perjudiciales). En este caso particular, aplicando este esquema, el ETC entendió que la necesidad de la norma no quedó probada ya que la empresa empleadora no pudo demostrar que el acomodo de los turnos para este trabajador en concreto ocasionase problemas en el servicio ofrecido. Como especifica Loenen, este fallo deja abierta la posibilidad de que en otros casos el resultado sea diferente ya que el test de objetividad se ha aplicado con base en las circunstancias concretas de la empresa. También se perfila en el razonamiento del fallo una cierta obligación, por parte de la empresa empleadora, en acomodar las necesidades religiosas de los empleados para superar el test de la discriminación indirecta.

El segundo caso citado por la autora[900] tiene que ver con la decisión tomada por el director de un centro formativo que rechazó entrevistarse con la madre de un potencial alumno ya que ésta vestía un velo facial. Fue el propio director quien planteó la cuestión a fin de saber si su decisión había sido legítima. Cuando la madre acudió al centro para concertar una reunión de cara a realizar la matrícula el director se negó a entrevistarse con ella visto que rechazaba retirarse la prenda del rostro. Como resultado el menor no fue inscrito en el centro. Para el ETC la acción constituyó una discriminación indirecta que no podía ser justificada ya que existían alternativas a la medida tomada que habrían podido llegar a un resultado diferente. De esta forma la no matriculación del menor se consideró un resultado desproporcionado. A juicio del ETC el director podía haber enviado a una mujer a hablar con la madre y, en cualquier caso, el velo no impedía que el director hubiese obtenido de la entrevista la información imprescindible para realizar la matrícula, la cual no era muy

[900] Opinión del ETC 2004-95, de 22 de junio de 2004, *Verboden onderscheid op grond van godsdienst doordat de directeur van een basisschool weigerde te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt.*

compleja ni abundante. Es cierto, como argumentó el director, que el velo facial dificulta la comunicación e, incluso, impediría a la madre el tomar parte en ciertas actividades que durante el curso se llevan a cabo con el colectivo de madres y padres, pero esas son decisiones que deberían tomarse caso por caso llegado el momento. En la situación vivida antes de la inscripción, existían medidas menos gravosas que podían haberse tomado y, finalmente, la consecuencia de todo ello fue la no matriculación del menor.

En los ejemplos analizados se aprecia el potencial de la figura de la discriminación indirecta como elemento inclusivo de las necesidades religiosas en espacios de socialización, como el puesto de trabajo o el centro escolar. La articulación del test de objetividad de manera que se pondere la necesidad y la proporcionalidad valorando la potencial existencia de alternativas menos gravosas, así como la medición de los efectos beneficiosos obtenidos en relación con las consecuencias perjudiciales derivadas de la medida adoptada ofrecen una metodología de razonamiento que resulta similar a la empleada por los tribunales norteamericanos (principalmente canadienses) al valorar la razonabilidad de las peticiones de acomodo. En caso de entender como correcta esta interpretación, la posibilidad de ofrecer un acomodo como alternativa menos gravosa disponible al analizar la proporcionalidad de la medida adoptada emergería como un elemento determinante en el test de objetividad que podría llegar a justificarla como apropiada y necesaria, salvando así la discriminación indirecta. O planteado de otro modo ¿superaría el test de proporcionalidad una medida que ocasiona una desventaja a personas de una determinada religión, por mucho que esa medida persiga un objetivo legítimo, si queda probado que existían alternativas menos gravosas que hubiesen evitado el daño infligido a esos individuos?

Es cierto que la reparación de una norma discriminatoria pasa por la remoción de ésta y su sustitución por una norma aplicable de manera general. Sin embargo, puede ocurrir que una práctica resulte justificada por perseguir una finalidad legítima pero cuyos efectos sobre un determinado grupo sean perjudiciales. En este caso, la aplicación de una medida disponible de acomodo a nivel individual podría resultar adecuada para evitar los efectos dañinos sin comprometer la práctica legítima. Son varios los autores[901] que entienden que

[901] Bribosia, Emmanuelle, Ringelheim, Julie y Rorive, Isabelle; "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law" en *Maastricht Journal of European and comparative law*, 17/2, 2010, pp. 137-161; Ruiz Vieytez, Eduardo "Reasonable accommodation: going beyond the European Convention on human rights to reflect the plurality in national institutional settings" en AAVV, *Institutional Accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist*

en esta interpretación del requisito de la proporcionalidad emerge una posibilidad de gestión de lo diverso cercana a la lógica del *acomodo razonable* dentro de las posibilidades que ofrece el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea.

> *It is also particularly important to maintain the emphasis on possible alternatives which are less discriminatory. Otherwise, the possibility of justification allows the status quo to be maintained without giving proper attention to whether the discriminatory practice can be adjusted better to accommodate the excluded group*[902].

7.- Revisión de la jurisprudencia del TEDH en materia de práctica religiosa

7.1.- Empleo de la figura de la discriminación indirecta por el TEDH y su relación con la obligación de acomodar.

Ya se ha visto cómo el TEDH, en la mayoría de los casos en los que ha examinado la vulneración de la libertad religiosa reconocida en el CEDH, una vez estudiada la misma y establecida la conclusión de que no se produjo interferencia alguna, tradicionalmente ha renunciado a seguir analizando la posible vulneración del principio de igualdad del artículo 14 en relación con el ejercicio reconocido en el artículo 9. En consecuencia, disponemos de pocas pistas que nos ayuden a concluir cuál puede ser la posición del tribunal en relación con la discriminación en el ejercicio de la libertad religiosa.

El comentado caso de *Thlimmenos c. Grecia* supuso un cambio en la jurisprudencia del TEDH respecto al artículo 14. En aquella ocasión estableció que un Estado miembro podía fallar a sus obligaciones derivadas del mencionado artículo si, careciendo de una justificación objetiva y razonable, no ofrecía un tratamiento diferenciado a aquellas personas cuya situación fuese significativamente distinta. De esta forma, un Estado podría evitar tal situación discriminatoria modificando la norma general e introduciendo, si así fuera necesario, las excepciones adecuadas[903]. La figura de la discriminación por indiferenciación (que es lo que en este caso reconoció el TEDH) resulta compleja y

society, Council of Europe Publishing: Trends in social cohesion nº 21, 2009, pp. 127-142; Howard, Erica "Reasonable accommodation of religion and other discrimination grounds in UE law" *op. cit.*

[902] Fredman, Sara; *Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 196.

[903] § 48: "*In the present case the Court considers that it was the State having enacted the relevant legislation which violated the applicant's right not to be discriminated against in the enjoyment of his right under Article 9 of the Convention. That State did so by failing to introduce appropriate exceptions to the rule barring persons convicted of a serious crime from the profession of chartered accountants".*

controvertida con vistas a su reconocimiento. Sirva como detalle el hecho de que tras el fallo alcanzado en *Thlimmenos* (y de la contundencia con la que se expresó) el Tribunal de Estrasburgo no haya consolidado esta línea de razonamiento en posteriores decisiones. Por su parte, en España, el TC ha rechazado explícitamente en varios pronunciamientos la posibilidad de reconocer esta figura como parte integrante del artículo 14 CE.

> *Según nuestra jurisprudencia la "discriminación por indiferenciación" no puede situarse en el ámbito de protección del art. 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria. Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art. 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual, si bien también hemos dicho que "cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud"*[904].

A pesar de esta resistencia expresada por el principal intérprete constitucional, resulta muy estimulante la propuesta de Cobreros Mendazona en torno a un posible encaje de este instrumento en el ordenamiento jurídico español por entender que su supuesto estaría incluido en la prohibición de discriminación que consagra el artículo 14 CE[905]. No obstante, compartimos dos reparos realizados a la misma por Rey Martínez[906]. En primer lugar, cuando pone en duda la presunta obligatoriedad que el caso *Thlimmenos* impondría en el TC a efectos de interpretar el artículo 14 CE vía artículo 10.2 CE. Tal y como se ha dicho, lo establecido en *Thlimmenos* no ha sido confirmado en ninguna otra sentencia y esa falta de consolidación hace discutible que pueda imponerse como canon de interpretación de derechos fundamentales en España. En segundo lugar, el profesor Rey expresa sus dudas en torno a la operatividad de esta figura (que también podría estar en la base de la negativa del TC a reconocerla sin un mandato previo por parte del poder legislativo) y a las consecuencias que deberían derivarse de su reconocimiento (nulidad, anulabilidad). Para Rey Martínez la discriminación por indiferenciación debería

[904] STC 198/2012, de 6 de noviembre, (BOE nº 286, de 28 de noviembre de 2012), FJ 3. La posición del TC en contra del reconocimiento de esta figura se remonta a los años 80, STC 86/1985, de 10 de julio, (BOE nº 194, de 14 de agosto de 1985) FJ 3 y ha sido mantenida en el tiempo STC 117/2006, de 24 de abril, (BOE nº 125, de 16 de mayo de 2006) FJ 2.

[905] Cobreros Mendazona, Edorta; "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta" en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 81, septiembre-diciembre, 2007, pp. 71-114.

[906] Rey Martínez, Fernando; "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo" en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 84, septiembre-diciembre, 2008, pp. 251-283.

entenderse amparada por el mandato del artículo 14 CE, aunque su operatividad debería estar limitada a evitar excesos por parte del poder legislativo "*más como una defensa frente a las arbitrariedades legislativas más flagrantes, esto es, más como una defensa frente a eventuales patologías legislativas que como una función fisiológica ordinaria de los tribunales*"[907].

Aunque no referida al ejercicio de la libertad religiosa, estimamos que presenta un camino más aplicable a corto plazo el caso *D.H. y otros c. República Checa*[908], ya que supone la aplicación de la figura de la discriminación indirecta ante una normativa que producía efectos claramente perjudiciales en un colectivo calificado por la propia sentencia como grupo desfavorecido. La demanda hacía referencia a la escolarización de alumnado perteneciente a la comunidad gitana en centros escolares especiales y, en consecuencia, fuera del sistema educativo general checo. Estos centros especiales fueron creados tras la primera guerra mundial con el objetivo de escolarizar a alumnado que precisase de atención particular debido a, por ejemplo, alguna discapacidad intelectual o a dificultades sociales. La comunidad gitana tiene en la República Checa la categoría de minoría nacional. La asignación del alumnado gitano a los centros especiales se hacía tras la realización de varias pruebas diseñadas para determinar la capacidad intelectual.

En este caso el tribunal se basó en las evidencias presentadas por datos estadísticos que mostraban la desproporción existente entre el dato de la escolarización del alumnado gitano en estos centros especiales en relación con su peso demográfico, así como en comparación con el alumnado no gitano[909]. Estos datos demostraron, a juicio del tribunal, que la legislación vigente fue aplicada de una manera que dio como resultado una cifra desproporcionadamente mayor de alumnado gitano asignado a centros especiales sin una justificación, hecho que situaba a este colectivo en una situación de desventaja significativa. La existencia de datos estadísticos que acreditaban tal situación de

[907] Ibíd, p. 279, nota 82.

[908] STEDH, caso *D.H. y otros c. República Checa*, de 13 de noviembre de 2007, ap. nº 57325/00.

[909] Por ejemplo, se aportaron datos resultantes de encuestas llevadas a cabo en la ciudad de Ostrava. En los centros especiales de esta ciudad se atendía a 1.360 personas de las cuales 762 eran gitanas, lo cual suponía el 56%. Por su lado, de las 33.372 personas matriculadas en colegios de primaria pertenecientes al sistema educativo general del país la población gitana representaba el 2,26% de la misma. Mientras el 1,8% del alumnado no gitano era asignado a centros especiales, en el caso del colectivo gitano tal porcentaje ascendía al 50,3%. En consecuencia, una persona gitana tenía 27 veces más probabilidades de ser escolarizado en un centro especial que una persona no gitana.

desventaja trasladaba la carga de la prueba de la justificación de la medida discriminatoria a la parte demandada. Para ello el TEDH alude a jurisprudencia del TJUE.

> *La Comisión, por su parte, propone una prueba de «pertinencia estadística», según la cual las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar por que dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos del caso concreto. La existencia de estadísticas significativas basta para demostrar una repercusión desproporcionada y para que la carga de probar una justificación recaiga sobre el autor de la medida presuntamente discriminatoria*[910].

Esto no significa que la discriminación indirecta no pueda ser probada sin datos estadísticos. De hecho, junto a estas evidencias, figuraba el hecho del perjuicio acreditado de la incidencia que esta segregación producía en el derecho a la instrucción del alumnado gitano. Como el programa educativo seguido en los centros especiales era diferente y no tan cualificado como en el sistema ordinario, el alumnado de estos centros debía seguir sus estudios en la educación profesional sin que pudieran tener acceso a estudios de secundaria. La determinación de la existencia de una discriminación indirecta llevó a que el Estado checo tuviera que demostrar la justificación objetiva y razonable de la medida adoptada.

> *The Court reiterates that a difference in treatment is discriminatory if "it has no objective and reasonable justification", that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality" between the means employed and the aim sought to be realised. Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible*[911].

Llama la atención el estricto escrutinio que el TEDH impone para que una medida reputada como discriminatoria de manera indirecta supere el test de objetividad (necesidad legítima, así como una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos a alcanzar). Sin embargo, resulta decepcionante la afirmación de que tal estándar deba aplicarse de manera estricta en los casos en que la discriminación esté basada en raza, color u origen étnico, sin aportar mayor argumentación. No parece que semejante singularización de determinados campos sobre otros tenga razón de ser.

---

[910] STJUE *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, de 9 de febrero de 1999, asunto 167/97, §57. Mismo criterio también en SSTJUE, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main*, de 23 de octubre de 2003, asunto 4/02, y *Silvia Becker v. Land Hessen*, de 23 de octubre de 2003, asunto 5/02.

[911] *D.H. y otros c. República Checa, op. cit.* § 196

Nos parece que esta estricta fórmula de justificación debería ser aplicada en todos los ámbitos de lucha contra la discriminación. Afortunadamente con posterioridad, como veremos más adelante, el TEDH ha completado su afirmación y ha mencionado la religión como uno de los campos en los cuales los Estados firmantes deben ofrecer *razones de notorio peso* (*very weighty reasons*) para poder justificar un trato diferenciado.

En el caso concreto que nos ocupa, el tribunal entendió que la aplicación de la normativa de ingreso académico en el sistema educativo checo no tuvo en cuenta las especificidades de la población gitana y sus dificultades, de manera que no contribuyó a dotar a este colectivo de las capacidades que le ayudarían a manejarse en la sociedad.

> *They received an education which compounded their difficulties and compromised their subsequent personal development instead of tackling their real problems or helping them to integrate into the ordinary schools and develop the skills that would facilitate life among the majority population*[912].

Uno de los indicadores en los que se denotaba la falta de toma en consideración de las necesidades de las familias gitanas al escolarizar a sus menores fue en el hecho de que el tribunal estimó que el trámite de información y otorgamiento del consentimiento por parte de los progenitores se llevó a cabo sin tener en cuenta que, por ser miembros de un grupo desfavorecido y no haber recibido una educación completa, podían no estar en condiciones de ser plenamente conscientes de las implicaciones que ese consentimiento iba a acarrear. En consecuencia, el tribunal asume que la aplicación de esa normativa de escolarización debía haber tenido en cuenta las características del colectivo al que estaba siendo aplicada para poder superar el requisito de la proporcionalidad de la medida[913].

Es preciso dejar constancia de la decisión del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Vojnity*[914] en el cual, como se ha indicado, se incluyó explícitamente la religión como

[912] Ibíd. § 207

[913] Elósegui Itxaso, María; *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, op. cit. hace referencia a la STEDH, (Gran Sala) *Orsus y otros c. Croacia*, de 17 de julio de 2008, ap. nº 15766/03, que tiene una relación parcial con caso checo. La autora donostiarra se muestra disconforme con la decisión de la mayoría del tribunal, que apreció una discriminación indirecta (artículo 14 en relación con el protocolo nº2 CEDH) en el caso del alumnado croata de origen gitano que era escolarizado en aulas separadas a fin de que aprendiese el idioma croata, visto que su lengua materna era el romaní. Para Elósegui la decisión de las autoridades croatas estaba motivada por un ánimo educativo y lingüístico, pero no racial, y obedecía a la necesidad de dar una solución al hecho de que este alumnado no podía incorporarse a las clases ordinarias por no dominar la lengua nacional en la que eran impartidas. Su incorporación se iba haciendo de manera paulatina y al final de su período escolar todos recibían el mismo título acreditativo. En consecuencia, la controvertida decisión superaría los test de necesidad y de proporcionalidad.

[914] STEDH, caso *Vojnity c. Hungría*, de 12 de febrero de 2013, ap. nº 29617/07.

ámbito de escrutinio especial (al igual que la raza, el sexo o la orientación sexual) en la lucha contra la discriminación. El señor Vojnity es fiel del credo religioso denominado en húngaro *Hit Gyülekezete* (traducible como Congregación de la fe). Tras su divorcio tenía acceso a un régimen de visitas a su hijo menor de edad. Cuando trató de obtener la custodia del menor o bien reorganizar el régimen de visitas existente se encontró con una serie de pronunciamientos judiciales que desestimaron su petición por considerar que sus creencias resultaban perjudiciales para la formación intelectual y emocional de su hijo. De acuerdo a los expertos psicólogos citados por los jueces

> *the applicant held unrealistic educational ideas hallmarked by religious fanaticism which rendered him unfit to provide the son with a normal upbringing; indeed, he forced his beliefs on his son to an extent that it resulted in the latter's alienation from him (...) the applicant's irrational worldview made him incapable of bringing up his child" and that he "did not exercise his right of access in accordance with its purpose ... but to impose his religious convictions on the child".* [915]

Se trata, como se puede apreciar, de un caso delicado ya que frente a la posible discriminación sufrida por el demandante en el ejercicio de su libertad religiosa (artículo 14 en conjunción con el artículo 9 CEDH) y en su derecho al respeto a la vida personal y familiar (artículo 14 en conjunción con el artículo 8, que es la línea de razonamiento principal que explora el tribunal) se sitúa el interés del menor y su equilibrio emocional.

Para el TEDH resulta evidente que, en la decisión de los tribunales húngaros, las creencias del padre tuvieron un peso decisivo. Se alude a la vocación proselitista del progenitor sobre su hijo, pero no se profundiza en explicar cómo se produce el pretendido efecto pernicioso en el menor. En consecuencia, parece que existe un trato diferenciado hacia el demandante respecto a otras personas en análoga situación que no profesan las mismas creencias. Es en este punto, al introducir el análisis del test de objetividad (que lleva a examinar la legitimidad de la medida adoptada, así como la proporcionalidad de los medios empleados para tal fin) cuando el tribunal hace la afirmación que nos interesa.

> *in the light of the importance of the rights enshrined in Article 9 of the Convention in guaranteeing the individual's self-fulfilment, such a treatment will only be compatible with the Convention if very weighty reasons exist. The Court has applied a similar*

[915] Ibíd. § 9 y 14.

> *approach in the context of differences in treatment on the basis of sex, birth status, sexual orientation and nationality*[916].

La aplicación de este estándar, que exige razones de notorio peso para la superación del test de objetividad, supone que el escrutinio que realiza el tribunal sea alto. En este sentido, aunque se expresan ciertas dudas acerca de las garantías que el demandante encontró en la realización de los peritajes exigidos por los tribunales húngaros, el TEDH está dispuesto a asumir que el equilibrio psicológico del menor es una causa legítima que puede llegar a explicar la medida restrictiva. Sin embargo, es al estudiar la proporcionalidad de las medidas tomadas cuando se aporta un dato que va a concluir en el amparo a la pretensión de demandante.

> *This is all the more troubling in the face of the fact that (...) they gave no consideration to the question whether the mere suspension of the applicant's access for a certain period of time or any other less severe measure that exists under Hungarian law (such as the exercise of access rights in controlled circumstances) would have been sufficient to allow the child to regain his emotional balance. Instead, they decided to apply an absolute ban on the applicant's access rights. For the Court, the approach adopted by those authorities amounted to a complete disregard of the principle of proportionality, requisite in this field and inherent in the spirit of the Convention*[917].

El tribunal estima que en la ponderación de bienes jurídicos en juego que supone el test de proporcionalidad se debe optar por la alternativa menos gravosa hacia el interés que debe ceder en cada caso. En esta ocasión se había optado por una solución que hacía prevalecer de manera absoluta uno de los lados de la balanza pero que dañaba al otro extremo de igual manera. Sin embargo, el fallo estima que había, a disposición de las autoridades húngaras, soluciones que hacían posible la convivencia de ambos intereses. Cuando tales posibilidades existen deben ser tenidas en cuenta pues de lo contrario la proporcionalidad de la medida adoptada puede verse dañada. Este enfoque en torno a la regla de la proporcionalidad, y que en este caso se aplica a los casos de discriminación basada en la religión, bien podría servir igualmente como estándar de análisis de aquellos casos en los que se estudia una vulneración del artículo 9 en solitario[918].

---

[916] Ibíd. § 36

[917] Ibíd. § 42

[918] Idea también apuntada por Peroni, Lourdes; "Very weighty reasons for religión: Vojnity v. Hungary" en *Strasbourg Observers Blog*, 27 de febrero de 2013, disponible en http://strasbourgobservers.com/2013/02/27/very-weighty-reasons-for-religion-vojnity-v-hungary/

De cualquier manera, el razonamiento aplicado en este caso se acerca a los vistos en el capítulo 4. Se ha evitado hacer descansar la argumentación del fallo en principios abstractos y se ha recurrido a evidencias mostradas en el proceso. Por ejemplo, las apelaciones de los tribunales húngaros a la irracionalidad de los puntos de vista sostenidos por el demandante han sido respondidas con un análisis que evidencia la falta de pruebas existentes acerca del presunto daño causado al menor, más allá de la voluntad proselitista del padre, comportamiento no ajeno a otros progenitores de otros credos. También se ha aplicado un estricto estándar de comprobación, recurriendo a la necesaria existencia de "razones de notorio peso" cuando se ha tratado de aplicar el test de objetividad (legitimidad de la medida aplicada y proporcionalidad de los medios empleados). De esta manera el TEDH explicita la categoría de religión como un ámbito sospechoso en la prohibición de conductas discriminatorias.

7.2.- La proporcionalidad en sentido estricto. La doctrina de *Least restrictive means* como parte integrante del test de objetividad en casos de discriminación indirecta.

La doctrina de la necesidad de escoger los medios menos gravosos (*least restrictive means*) a la hora de ponderar la proporcionalidad de una medida limitadora de un derecho fundamental recogido en el Convenio cuando se analiza la justificación de la misma como necesaria en una sociedad democrática ya había sido formulada por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Glor c. Suiza*[919]. En aquella ocasión el fallo entró a estudiar las circunstancias de la parte demandante en relación con la legislación aplicable (la enfermedad que padecía, su disposición a ser llamado a cumplir el servicio militar, lo gravoso de la tasa a pagar o la inexistencia de alternativas en la legislación suiza). Por todo ello se entendió que se había producido una vulneración del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 CEDH. El test de objetividad aplicado en esta ocasión para analizar la justificación de la discriminación apreciada *prima facie* también se puede calificar de estricto pues escruta la necesidad de la medida adoptada así como la proporcionalidad de los efectos producidos, ponderando la salvaguarda de los intereses

[919] *Glor c. Suiza*, op. cit. Mencionado en el capítulo 2. El demandante, Sven Glor, fue declarado exento de prestar el servicio militar obligatorio por padecer un tipo de diabetes. Posteriormente se presentó voluntario para ejercer un servicio de protección civil, para el que finalmente nunca fue convocado. Según la legislación suiza, tales servicios están reservados para los objetores de conciencia. Durante el año 2001 el señor Glor fue requerido para que abonase la tasa legal estipulada como consecuencia de la exención del servicio militar. En los exámenes médicos a los que fue sometido se determinó que su enfermedad no le suponía un 40% de discapacidad, que es el umbral por encima del cual la legislación suiza exime de pagar la tasa. Sin embargo, las autoridades insistieron en reclamarle el pago del impuesto.

públicos (pues el asunto tratado podría afectar a la operatividad de las fuerzas armadas y, en consecuencia, a la seguridad de los Estados firmanes del Convenio) con el respeto a los derechos y libertades del demandante, teniendo en cuenta para ello las circunstancias concurrentes en este caso. Finalmente, el tribunal llegó a la conclusión de que para que una medida pueda ser considerada como proporcional y necesaria en una sociedad democrática debe excluirse la existencia de medidas menos gravosas contra el derecho fundamental en juego.

> *La Cour estime que, pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue*[920].

Esta comprensión del test de objetividad está emparentada con la aplicada por los tribunales norteamericanos, de manera que, si hubiera posibilidad de encontrar una medida de acomodo, la medida eventualmente legítima pero que provoca efectos perjudiciales en un determinado colectivo podría verse justificada. En el caso que nos ocupa, en lugar de obligar al demandante a afrontar el pago del impuesto (visto que no había puesto impedimentos a prestar el servicio militar) se podrían haber buscado funciones específicas dentro de las fuerzas armadas que hubiesen sido fácilmente ejercitables por el demandante o bien se podrían haber adaptado funciones convencionales para que el demandante las hubiera llevado a la práctica. En consecuencia, el tribunal entendió que había alternativas menos gravosas. De forma que, si bien la interpretación que el TEDH ha dado hasta el momento a la libertad religiosa no hace intuir que pueda existir posibilidad de reconocer explícitamente la obligación de acomodar, parece que en torno al artículo 14 podría aventurarse una concepción que tendría un razonamiento similar al del *acomodo razonable*.

Es cierto que estos casos sólo nos dejan entrever una posibilidad ya que sus razonamientos no han sido consolidados por jurisprudencia posterior en el caso de la discriminación por razón de religión. De cualquier manera, no parece que haya motivos para no aplicar esta forma de pensar a los casos en los que se aduzca una discriminación indirecta en el

[920] Ibíd. § 94

ejercicio de la libertad religiosa. No obstante, también hay ejemplos posteriores en los que el tribunal se ha acercado en su razonamiento a la lógica de los acomodos.

7.3.- El test de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales.

En el ámbito laboral se hizo mención en el capítulo 2 al caso *Eweida*[921] en el cual, junto con el rechazo explícito de la doctrina de la "*libertad para renunciar al puesto de trabajo*", el tribunal apreció una interferencia con el artículo 9 CEDH y aplicó los test de necesidad y de proporcionalidad. Es dentro de éste último examen donde estimó que las autoridades británicas no habían ponderado adecuadamente los bienes jurídicos en juego (el derecho a manifestar su religión por la parte demandante y el derecho a proteger su imagen corporativa dentro de la libertad de empresa), pues habían otorgado un peso excesivo a este segundo elemento. Se entendió que las medidas resultaban desproporcionadas ya que, de hecho, British Airways ya garantizaba la posibilidad de vestir SDAR a empleados de fe sij o musulmana sin que la imagen de la aerolínea se hubiera visto afectada. A pesar de esta aplicación más estricta del test de proporcionalidad sin descansar, como en otras ocasiones, en el margen estatal de apreciación, se echa de menos que el tribunal entrase a analizar la pretensión de la señora Eweida de haber visto vulnerado el artículo 14 en relación con el 9[922].

Igualmente nos resulta familiar el caso *Jakóbski c. Polonia*[923] en el cual el TEDH aplicó la doctrina de las alternativas disponibles menos gravosas en un caso de sujeción especial ya que el demandante era un preso polaco de religión budista que solicitó a las autoridades penitenciarias que le fuese servido un menú vegetariano con el que poder dar cumplimiento a sus obligaciones religiosas. En su lugar se puso a su disposición un menú libre de productos porcinos que no satisfacía sus necesidades. Al igual que en el caso *Glor* el tribunal estimó que atender la solicitud del demandante de ninguna manera habría supuesto un quebranto en la operativa del centro penitenciario ni en el servicio ofrecido al resto de la población reclusa. No se llegó a ofrecer una dieta alternativa al preso, con

[921] *Eweida y otros c. Reino Unido*, op. cit.

[922] Sin embargo, conviene decir que en el fallo de este caso se hace alusión a la figura del *acomodo razonable*. En el repaso dedicado al derecho comparado para apreciar cómo se han resuelto casos similares en terceros países. Se menciona, al hacer referencia a Estados Unidos y Canadá, el acomodo razonable y algunas sentencias comentadas en este estudio. Asimismo, varias organizaciones que concurrieron como terceros interesados en el procedimiento, como el *European Centre for Law and Justice* o el *Human Rights Commission* del Reino Unido, hicieron alusión en su argumentario al acomodo razonable. Ibíd., §78

[923] *Jakóbski c. Polonia,* op. cit.

lo que las autoridades penitenciarias no alcanzaron un justo equilibrio entre los intereses de la prisión y los derechos del demandante. Esta visión ponderada y ceñida a las circunstancias del caso tiene mucho que ver con la lógica de los acomodos.

Una línea de razonamiento similar a la establecida en *Jakóbski* (y que podría aventurar una puerta abierta hacia la lógica de los acomodos) se aprecia en la decisión sobre la admisibilidad en el caso *Gatis Kovaļkovs*[924]. En este sentido llama la atención que, dado que el tribunal entendió que se había producido una interferencia con la libertad religiosa del demandante (hasta el extremo de entrar, con cierto detalle, a analizar la necesidad y proporcionalidad de la medida), su fallo se materializase en un auto de inadmisión y no se entrase a valorar plenamente el asunto en una sentencia. De esta manera se podrían haber desarrollado en mayor profundidad algunas de las pautas marcadas en esta decisión, en lugar de correr el riesgo de que pasasen desapercibidas en el largo listado de las decisiones sobre la admisibilidad.

El demandante, seguidor del vaisnavismo krisnaísta (*Hare Kishna*), alegaba que en la celda común que ocupaba no podía poner en práctica sus plegarias debido a hostilidad de sus compañeros de presidio. Las autoridades penitenciarias habían requisado sus cirios y barras de incienso, necesarias para sus meditaciones y rezos. Estas actividades son calificadas por el tribunal como indudablemente motivadas o inspiradas por las creencias, de manera que resulta evidente que se ha producido una interferencia en el derecho del demandante. En consecuencia, se trata de valorar, mediante los análisis de necesidad y proporcionalidad, si esa interferencia resultaba justificada. Es en este ámbito en el que entra en juego la lógica de la *carga excesiva* soportable por las autoridades penitenciarias en su labor de velar por la seguridad del recinto, así como por los derechos del resto de los reclusos.

> *The Court is prepared to accept that there has been an interference with the applicant's rights under Article 9 on both counts. The argument of the Government that the applicant's demands should not take precedence over the rights and needs of other prisoners pertains more to the analysis of proportionality rather than to the existence of an interference*[925].

[924] Auto de inadmisibilidad, *Gatis Kovaļkovs c. Letonia*, de 31 de enero de 2012, ap. nº 35021/05.
[925] Ibíd, § 63

Siguiendo esta línea de razonamiento se concluye que fueron los derechos de terceros los que inspiraron la interferencia con la legítima manifestación religiosa del demandante. En un espacio tan reducido como es una prisión, más aún una celda, los intereses del resto de la población reclusa deben ser tenidos en cuenta. Aspectos relativos a la seguridad y a la convivencia confortable con terceras personas resultan de gran relevancia. En este sentido coincidimos con el peso que el fallo otorga a los intereses de terceros a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida limitadora adoptada.

> *Another aspect to be taken into account in that regard is other prisoners' wish not to be disturbed by the applicant's performance of religious rituals. Concerning the confiscation of the incense sticks, the legitimate aim is the protection of the rights and freedoms of others and public safety by limiting the types of objects that may be kept in prison cells*[926].

También nos parece ilustrativo que en relación con la pretensión de meditar y rezar en solitario el tribunal valorase que las autoridades penitenciarias habían ofrecido al preso la posibilidad de emplear instalaciones alternativas para llevar a cabo esas prácticas, posibilidad que fue rechazada por el demandante. De todo ello se desprende que en la ponderación de la necesidad y la proporcionalidad de la medida se empleó una metodología emparentada con la valoración de la *carga excesiva* asumible por las autoridades, así como las medidas de acomodo que se habían puesto a disposición de la parte demandante para que pudiese, en la medida de lo posible, seguir poniendo en práctica sus creencias[927]. Parece que el hecho de estar sometido a una relación de sujeción especial, como la que se da en las prisiones, favorece una forma de razonar cercana a la lógica de los acomodos, como se percibe en *Jakóbski* así como en *Gatis Kovaļkovs*.

En el más reciente caso *Vartic*[928] se sigue el criterio establecido en aquéllos ante la demanda de un preso budista que reclamaba que le fuera servido un menú vegetariano

---

[926] Ibíd, § 64

[927] Coincidimos con Ouald Chaib, Saïla; "Gatis Kovalkovs v. Latvia: The Strasbourg Court keeps the door to reasonable accommodation open" en *Strasbourg Observers Blog*, 15 de marzo de 2012, disponible en http://strasbourgobservers.com/2012/03/15/gatis-kovalkovs-v-latvia-the-strasbroug-court-keeps-the-door-to-reasonable-accommodation-open/ en que se podría haber evitado la siguiente la afirmación del tribunal: "*the Court considers that restricting the list of items permitted for storage in prison cells by excluding items (such as incense sticks) which are not essential for manifesting a prisoner's religion is a proportionate response to the necessity to protect the rights and freedoms of others*". La proporcionalidad de la limitación se alcanza por la preeminencia, de acuerdo a las circunstancias del caso, de los derechos de las terceras personas afectadas, no por el hecho de que la quema de barritas de incienso no sea un requisito esencial en la manifestación religiosa del demandante. Una apreciación en tal sentido supone una extralimitación del tribunal en línea con las cometidas en los casos *Şahin* o *Dahlab*.

[928] STEDH, caso *Vartic c. Rumanía* (nº2), de 17 de diciembre de 2013, ap. nº 14150/08.

acorde a sus creencias. Merece la pena mencionar esta sentencia por el crédito que el tribunal ofrece a una de las alegaciones del gobierno rumano que argumentaba que en este caso no se había acreditado que el demandante hubiese sufrido un perjuicio importante[929]. El requisito del perjuicio importante responde al adagio latino *de minimis non curat praetor* que requiere no sólo demostrar la existencia de un derecho vulnerado desde un punto de vista meramente jurídico, sino también acreditar el padecimiento de un cierto grado de menoscabo. El tribunal entiende que la determinación de éste último concepto debe ser buscada en factores personales subjetivos, así como en elementos objetivos que se desprendan de las circunstancias del caso. En asuntos que tienen que ver con la libertad religiosa, la vertiente subjetiva resulta determinante, mientras que es difícil cuantificar de manera objetiva (por ejemplo, pecuniariamente) tal desventaja.

> *As regards the subject matter of his complaint, the Court finds that the nature of the issues raised in the present complaint gives rise to an important matter of principle (…) the applicant in the present case raises an issue that cannot be easily quantified financially and that additionally did not have an immediate impact but rather lasted a longer period of time*[930].

Aunque los argumentos del gobierno rumano fueron desechados por el TEDH, se ha puesto de relieve la amenaza que esta línea argumental presenta a la hora de desenfocar el objeto de debate y tratar de vaciar de contenido las pretensiones basadas en la manifestación de las creencias. Es de esperar que en futuras ocasiones el Tribunal de Estrasburgo continúe empleando el requisito del perjuicio importante como un mecanismo para discriminar aquellos casos que por su enjundia no merecen comparecer ante él y no como un mecanismo para diluir la importancia que la libertad religiosa y su manifestación tienen en nuestras democracias liberales[931].

---

[929] El criterio del perjuicio importante fue introducido en el CEDH a través de su protocolo número 14, cuyo artículo 12 modificaba el artículo 35.3 en los siguientes términos: "*El Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: (…) b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional*".

[930] Ibíd. § 39-40.

[931] De nuevo es Ouald Chaib, Saïla; "In the Footsteps of Jakóbski v. Poland but Adding Obstacles to the Road: Vartic v. Romania" en *Strasbourg Observers Blog*, 6 de febrero de 2014, disponible en http://strasbourgobservers.com/2014/02/06/in-the-footsteps-of-jakobski-v-poland-but-adding-obstacles-to-the-road-vartic-v-romania/ quien pone el acento en este peligro a la vista de los pronunciamientos del TEDH en los casos *Enache c. Rumanía*, de 1 de abril de 2014, ap. nº 16986/12 y *Ławniczak c. Polonia*, de 23 de octubre de 2012, ap. nº 22857/07, en los cuales los demandantes (personas que están cumpliendo condena de cárcel) alegaban que en sus prisiones no se les había dado acceso a servicios religiosos por lo

Por desgracia, fuera de los casos en los que hay una relación de sujeción especial el TEDH no parece muy proclive a aplicar los argumentos que se han desgranado. El caso *Francesco Sessa*[932] surgía como una buena oportunidad para aplicar una nueva línea de razonamiento (si así se estimaba) en un asunto que afectaba a un fiel de un credo minoritario ante un calendario festivo diferente del oficial. En su lugar se optó por un enfoque asimilacionista. El señor Sessa es un abogado italiano que representaba a una de las partes litigantes en un procedimiento penal. En junio de 2005 fue citado para comparecer a una audiencia de incidente probatorio. El juez titular excusó su asistencia por resultarle imposible acudir y su suplente les invitó a fijar una nueva fecha, el 13 ó 18 de octubre de ese mismo año. El demandante alegó que ambas fechas coincidían con festividades de obligada observancia en el calendario judío (*Yom Kippur* y *Sucot*). La vista fue fijada para el día 13 y la solicitud de aplazamiento del abogado rechazada.

La pretendida vulneración del artículo 9 CEDH no fue tal, de acuerdo al Tribunal de Estrasburgo, debido a que, aunque la celebración de las festividades reseñadas está amparada por la manifestación de la libertad religiosa, no se impidió que el demandante participase en las mismas y, por tanto, su práctica religiosa no se vio interferida. La imposibilidad de acudir en la fecha indicada, a juicio del tribunal, lejos de plantearle un dilema de conciencia, debe resolverse apelando a las obligaciones derivadas de su desempeño profesional. Para ello se menciona como antecedentes los casos *Stedman* y *Konttinen*[933], aunque es de agradecer que no se aluda a la doctrina de la libertad para renunciar (*freedom to resign*), que afortunadamente parece abandonada definitivamente. Se hace referencia a la protección de los derechos de terceros como causa legítima de interferencia con la libertad religiosa ya que estaría en juego el derecho de los justiciables al buen funcionamiento de la administración de justicia. De la misma manera se descartó

cual alegaban vulneración del artículo 9 CEDH. En los fallos el tribunal se limita a decir escuetamente que no encuentra apariencia de violación. Queda la duda, ante la ausencia de mayor profundidad en el análisis, de si el tribunal ha llegado a esa conclusión aplicando el criterio del perjuicio importante o por cualquier otro motivo. Si fuese por la primera razón podríamos preguntarnos si la inasistencia a los servicios religiosos no constituye, a juicio del tribunal, un daño subjetivo acreditado en un cristiano católico. Es cierto, de cualquier manera, que en estos dos casos citados, los gobiernos nacionales no emplearon el argumento del perjuicio importante. Ouald Chaib pone el ejemplo de un caso ya citado, *Phull c. Francia* para preguntarse si en casos como el que se sustanció entonces el criterio de la desventaja significativa en su dimensión objetiva, no podría servir para inadmitir fácilmente el asunto ya que el demandante no pudo acreditar daño cuantificable alguno (llegó a tomar el avión) y, en consecuencia, concluir que no sufrió perjuicio de ningún tipo, obviando las implicaciones que para la libertad religiosa del demandante en su vertiente subjetiva tuvo aquel episodio.

[932] *Francesco Sessa c. Italia*, op. cit.

[933] Mencionados en el capítulo 2; *Stedman c. Reino Unido*, op. cit. y *Konttinen c. Finlandia*, op. cit.

una interferencia con el artículo 14 en relación con el 9 debido a que se entendió que el señor Sessa no acreditó haber sido tratado de manera diferente en relación con personas que se encuentran en situación similar a la suya. Con este planteamiento el tribunal sitúa en el centro del debate la cuestión acerca de cómo el señor Sessa debe esforzarse por integrarse en las dinámicas institucionalizadas por la mayoría y no en cómo debe armonizarse la convivencia entre diferentes.

Es cierto que el demandante no vio obstaculizada su participación en las festividades religiosas, pero no es menos cierto que debió hacer frente a un dilema injusto, sacrificar su observancia religiosa en favor de su desempeño profesional o descuidar éste para no renunciar a aquella. La necesidad de afrontar este dilema se basa en una característica personal como es la pertenencia a un credo religioso y no a otro, provocando así la asunción de una carga o desventaja que a otras personas no se les plantea. Este es el enfoque que adoptó, como hemos visto, el Tribunal Supremo de Canadá a partir del caso *O'Malley*. Y esa es la base, precisamente, de la demanda del señor Sessa. Por ello la referencia del TEDH a que su lugar en la vista podría haber sido ocupado por otra persona no alcanza a calibrar certeramente el fondo del asunto puesto que, incluso en el caso de haber llevado a cabo esa sustitución, era la creencia religiosa del abogado lo que iba a hacer imposible su presencia ante el tribunal.

El argumento de la posibilidad de reemplazar al demandante en la vista sirve al tribunal para fallar que, incluso en el caso de que hubiera habido injerencia con el artículo 9 CEDH, la proporcionalidad de la medida estaba justificada. Por descontado que el funcionamiento de la administración de justicia, o de cualquier administración pública, no puede verse condicionado por consideraciones individuales o por una multiplicidad de peticiones de índole religiosa. Pero no es menos cierto que allí donde existe la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas, éstas deben ser escogidas entre las opciones disponibles. Una doctrina no aplicada en esta ocasión por el tribunal. Esta circunstancia es algo que los jueces discrepantes[934] recuerdan a sus colegas de la mayoría, pues en ocasiones buscar un *acomodo razonable* a las circunstancias del caso resulta una manera adecuada de alcanzar la finalidad perseguida a través de los medios menos gravosos[935]. En este sentido conviene recordar que la petición de búsqueda de una fecha alternativa

[934] Magistrados Tulkens, Popovic y Keller.

[935] *Francesco Sessa c. Italia*, op. cit. voto particular § 10. Se menciona literalmente al *acomodo razonable*.

que no coincidiera con las festividades judías la hizo el señor Sessa con cuatro meses de antelación (de junio a octubre) para una vista que no tenía la cualidad de ser urgente. La posibilidad de organizar el calendario de vistas del juzgado sin poner en peligro el derecho de terceros al funcionamiento adecuado de la administración de justicia no parece constituir una carga excesiva[936] a la luz de lo que los magistrados discrepantes califican como un test de alteración del servicio público (*public-service disturbance test*). Inevitablemente se habrían producido inconvenientes, fundamentalmente de tipo administrativo (como la necesidad de convocar de nuevo a las partes), pero serían mínimos comparados con el beneficio obtenido de gestionar de manera respetuosa las necesidades derivadas de la interacción en una sociedad multicultural[937]. La mayoría del tribunal adopta en este caso la lógica absoluta del todo o nada que fue rechazada en el caso *Vojnity* para apostar por soluciones que conciliasen los intereses en juego.

En cuanto al rechazo por parte del tribunal a analizar la demanda del señor Sessa en torno a la vulneración del artículo 14 CEDH, es de lamentar que no se estudiase el caso a la luz de la figura de la discriminación indirecta. La medida tomada (asignación de una fecha para la vista que no tiene en cuenta las festividades de grupos minoritarios) afecta de manera desproporcionada a un colectivo (en este caso la comunidad judía) por razón de su credo. Las personas de fe cristiana no tendrán que enfrentarse a este dilema ya que festividades señaladas como Navidad o viernes santo no figuran como laborables. En este sentido el esfuerzo que se exige a los credos minoritarios, como se apunta en el voto particular, tiene más que ver con posturas asimilacionistas que con la gestión de la diversidad. Teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, no parece que fuera difícil encontrar fórmulas de acomodo que hubiesen evitado el conflicto a través de maneras menos gravosas de alcanzar el objetivo propuesto (el óptimo funcionamiento de la administración de justicia, con plenas garantías para los justiciables, al tiempo que se respetase el derecho a la práctica religiosa de los colectivos que conforman una sociedad naturalmente diversa). Por desgracia estimamos que el TEDH perdió una buena oportunidad de abundar en una línea argumental que ya había quedado esbozada en

[936] A diferencia del precedente inmediato de este caso, que es el contenido en el fallo de la Comisión, de 13 de enero de 1993, caso *S.H. y H.V. c. Austria*, ap. nº 18960/91, en el que, aunque los demandantes habían sido apercibidos un 30 de mayo de que la vista que les afectaba tendría lugar el 4 de octubre, no fue hasta el 25 de septiembre en que presentaron sus alegaciones. En aquella ocasión la Comisión entendió que la petición de los demandantes fue extemporánea por no quedar margen de tiempo para reaccionar y, en consecuencia, la decisión de los tribunales austríacos fue proporcionada.

[937] *Francesco Sessa c. Italia*, op. cit. voto particular § 13.

anteriores pronunciamientos relativos a un ámbito de sujeción especial como es el penitenciario. El Tribunal de Estrasburgo no ha creído oportuno, no ha alcanzado el consenso o no se ha sentido legitimado para llevar ese razonamiento a otros ámbitos.

El último fallo del TEDH en el que ha tenido que pronunciarse sobre el empleo de SDAR en el puesto de trabajo, se trata del caso *Ebrahimian c. Francia*[938], el cual a diferencia del caso *Eweida*, hace referencia a un empleo público. La señora Christiane Ebrahimian trabajó como asistente social con un contrato temporal, durante 15 meses, en la sección psiquiátrica de un hospital público de París. Terminado su plazo de contratación se le informa que el hospital no va a proceder a la renovación del mismo. Ante la pregunta de la demandante por los motivos de esta negativa, se le contestó que obedecía a causas disciplinarias por negarse a despojarse del *hiyab* y por las quejas recibidas por parte de pacientes.

La demandante alegaba en su recurso únicamente la vulneración del artículo 9 CEDH, pero no su interferencia en combinación con el artículo 14, algo lógico si tenemos en cuenta que, en los pronunciamientos precedentes, que ya hemos citado, el Tribunal de Estrasburgo fue reticente a su reconocimiento. Que el TEDH no terminase amparando la demanda de la señora Ebrahimian podía resultar previsible, especialmente a la luz de los pronunciamientos del mismo tribunal en el caso de alumnado y profesorado que portaba SDAR (por ejemplo, los ya citados *Dogru*, *Kervanci*, *Jasvir Singh, Dahlab*…).[939] Lo que nos resulta más llamativo es que lo haga repitiendo razonamientos que, en sus últimos pronunciamientos, parecían estar en trance de ser superados en favor de consideraciones más apegadas al caso concreto objeto de enjuiciamiento.

Alegando el principio del margen de apreciación estatal se avala la actuación de los tribunales franceses, que apelaron a los criterios de laicidad y percepción de neutralidad

[938] STEDH caso *Ebrahimian c. Francia*, de 26 de noviembre de 2015, ap. nº 64846/11.

[939] Brems, Eva; "Ebrahimian v. France: headscarf ban upheld for entire public sector" en *Strasbourg Observers Blog*, 27 de noviembre de 2015, disponible en http://strasbourgobservers.com/2015/11/27/ebrahimian-v-france-headscarf-ban-upheld-for-entire-public-sector/ apunta certeramente que, si en los casos que afectaban a vestimenta del alumnado en los colegios públicos franceses, el TEDH había avalado su prohibición amparándose en la necesaria percepción de neutralidad que en ese país se exige a las instituciones públicas, incluso aunque los estudiantes no ejerzan función pública alguna ni representen al Estado, *a fortiori* era necesario que ese mismo argumento se impusiese al propio funcionariado público.

de la función pública para entender justificada la interferencia ejercida en la libertad religiosa de la demandante.

> *La Cour observe que les conséquences disciplinaires du refus de la requérante de retirer son voile pendant son service ont été appréciées par l'administration « compte tenu de la nature et du caractère ostentatoire du signe, comme des autres circonstances ». L'administration a utilement souligné à ce titre que l'exigence de neutralité requise était impérative compte tenu des contacts qu'elle avait avec les patients (...) La Cour considère que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier la proportionnalité de la sanction.*[940]

Esta recurrencia a avalar una prohibición general de mostrar vestimenta o simbología religiosa dinámica basada en principios abstractos implica poner a la laicidad en la categoría de *necesidad social preponderante*[941] como ponen de manifiesto en sus votos particulares los jueces O'Leary (en parte concurrente y en parte discrepante) y De Gaetano (discrepante). En la sentencia de *Eweida y otros c. Reino Unido* se saludó positivamente el abandono del TEDH de la doctrina del *freedom to resign* y la afirmación de que la eventual pérdida del puesto de trabajo debía ser puesta en contexto en las circunstancias del caso para valorar la proporcionalidad de la medida[942]. Es de lamentar que en esta ocasión este criterio se haya abandonado pues habría resultado más adecuado para comprender el alcance, impacto y, en definitiva, la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada. Eva Brems[943] se atreve a hacer una estimación acerca del impacto que esta prohibición general puede tener en el empleo público francés al ofrecer el dato de la existencia de 5,6 millones de empleos públicos en Francia[944], frente a una población empleada de 26 millones de personas[945]. Esto implica que avalar una prohibición general de este tipo podría dejar a un colectivo que emplea regularmente SDAR (personas de fe sij, mujeres musulmanas con variedad de prendas de inspiración religiosa o varones

[940] *Ebrahimian c. Francia*, op. cit., § 69.

[941] *Pressing social need*

[942] *Eweida y otros c. Reino Unido*, op. cit. § 83, *Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate.*

[943] Brems, Eva; "Ebrahimian v. France: headscarf ban upheld for entire public sector" op. cit.

[944] Obtiene el dato de Par, J.M. "Il n'y a jamais eu autant de fonctionnaires en France" en *BFM TV*, 14 de abril de 2015, disponible en http://bfmbusiness.bfmtv.com/france/il-n-y-a-jamais-eu-autant-de-fonctionnaires-en-france-878400.html

[945] Referencia aportada en Piquet, Caroline; « Les chiffres les plus marquants sur l'emploi en France », en *Le Figaro*, 18 de febrero de 2014, disponible en http://www.lefigaro.fr/emploi/2014/02/18/09005-20140218ARTFIG00330-les-chiffres-les-plus-marquants-sur-l-emploi-en-france.php

judíos, por ejemplo) fuera del 21% de los empleos que podrían estar a su disposición. Como bien subraya la autora belga parece que un dato de esta magnitud debería ser tenido en cuenta por el tribunal en su análisis de la proporcionalidad de la medida, toda vez que este dato indica que la demandante no sólo va a tener dificultades para ser renovada en su puesto actual sino en todo el sector público francés.

Mientras en el citado caso *Eweida* el TEDH valoró, con la doctrina allí expresada, la proporcionalidad de la medida adoptada a partir de los bienes jurídicos en juego (libertad religiosa de las demandantes frente al derecho a seleccionar una imagen corporativa, derivada de la libertad de empresa, en el caso de Nadia Eweida y frente a la seguridad y la salud de los pacientes del hospital, en el caso de Shirley Chaplin), en *Ebrahimi* la fundamentación de la decisión del tribunal en principios abstractos le lleva a ignorar el hecho de que no existe constancia de que el atuendo de la demandante haya sido fuente de una actitud proselitista o provocadora ni con los pacientes ni con sus colegas de profesión.

> *La Cour observe encore qu'il n'a pas été reproché à la requérante d'actes de pression, de provocation ou de prosélytisme vis-à-vis des patients ou des collègues de l'hôpital. Le port de son voile fut cependant considéré comme une manifestation ostentatoire de sa religion incompatible avec l'espace de neutralité qu'exige un service public*[946].

En consecuencia, si los derechos de terceras personas no se han visto afectados, podríamos preguntarnos si la utilización de principios como la laicidad o la percepción de neutralidad de la función pública por vestir distintivos religiosos notorios no resulta, en última instancia, una expresión de la preferencia de la mayoría de la sociedad en un determinado momento histórico; de sus miedos y fobias. La otredad significada en el propio cuerpo y la aversión a la diferencia encontrarían en el empleo de principios abstractos, pero con un enraizamiento profundo en la convicción de la ciudadanía occidental, una forma de justificar la ocultación de aquello que no es grato a sus ojos. La cualidad asimilacionista que tiene el razonamiento del tribunal nos recuerda la reflexión acerca de las prácticas de imperialismo cultural realizadas por Marion Young y que destacábamos en el apartado de inicio de este capítulo.

> *La estrategia de asimilación apunta a incorporar a los grupos antes excluidos a la forma de vida central y generalizada (…) En la estrategia de asimilación, los grupos*

[946] *Ebrahimian c. Francia*, op. cit., § 62

privilegiados definen implícitamente los criterios de acuerdo a los cuales se va a medir todo. Dado que su privilegio conlleva el no reconocer estos criterios como cultural y experiencialmente específicos, el ideal de humanidad común en el que todas las personas pueden participar sin importar la raza, género, religión o sexualidad es presentado como neutral y universal (…) En segundo lugar… la ceguera respecto de la diferencia perpetúa el imperialismo cultural al permitir que las normas que expresan el punto de vista y la experiencia de los grupos privilegiados aparezcan como neutrales y universales"[947].

IV.- CONVENIENCIA DE IMPORTAR EL ACOMODO RAZONABLE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO ADECUADO PARA GESTIONAR LA DIVERSIDAD RELIGIOSA

> Para ver tan delicadas cuestiones bajo una luz nueva y provechosa, hemos de ser, en todas las etapas de la investigación, muy escrupulosos con la equidad. Ni hostilidad ni indulgencia ni, sobre todo, la insufrible condescendencia que en Occidente y en otras partes del mundo parece haberse convertido para algunos en una segunda naturaleza.
>
> Amin Maalouf – *Identidades asesinas*

8.- Varias opiniones favorables y la adhesión del TEDH en materia de discapacidad

Hasta el momento hemos analizado la regulación y la manera en que se han implementado las figuras jurídicas de la discriminación indirecta y del *acomodo razonable*. Hay una evidente relación entre ambas, por más que, como recuerdan Bribosia y Rorive, sean de diferente naturaleza.

Indirect discrimination only enables a determination of whether a provision, criterion or practice has a discriminatory character. Should this be the case, such a provision, criterion or practice must be abandoned and replaced by a new, non-discriminatory, generally applicable measure. Yet, in certain cases where the controversial measure seems the best way to achieve a legitimate objective even though it creates a disadvantage for a protected group, the adjustment of that measure by means of an exception for a disadvantaged individual may be the only way to eliminate its discriminatory character without compromising the measure's purpose. From this perspective, reasonable accommodation can be interpreted as a specific response that is more focused on individual characteristics.[948]

[947] Young, Iris Marion; *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit. pp. 277-278.

[948] Bribosia, Emmanuelle y Rorive, Isabelle; *Reasonable accommodation beyond disability in Europe?* Luxembourg: Office for official publications of the European Union, 2013, p. 9.

Han sido varias las voces, hasta el momento, que se han elevado para sugerir, más allá de las oportunidades y limitaciones que pudiera ofrecer la discriminación indirecta, la implementación normativa de una propia obligación de acomodar[949]. El Comisario del Consejo de Europa para los derechos humanos emitió en 2011 su opinión acerca de las estructuras nacionales para la promoción de la igualdad, en cuyas conclusiones se exhortaba a introducir la obligación de realizar acomodos hasta el límite de lo razonable en todos los ámbitos protegidos por la ley.

> *Implement positive duties under the equal treatment legislation. Public sector organizations should be required to have due regard to equality in carrying out their functions. Private sector organizations should be required to be planned and systematic in their approach to equality. A planned and systematic approach to equality involves organizations putting in place an equality policy, providing equality training to staff and implementing an equality action plan. All organizations should be required to make reasonable accommodation for the practical implications of diversity across all grounds covered by the legislation unless this causes a disproportionate burden on them*[950].

En su estudio monográfico acerca del *acomodo razonable* en Europa las citadas Bribosia y Rorive reconocen las dificultades de una posible importación de esta medida debido al diferente grado de implantación y de desarrollo de la figura de la discriminación indirecta en los diferentes países del continente. No obstante, señalan que a pesar de la complejidad que presenta la aplicación a gran escala del *acomodo razonable* (como demuestran la experiencia canadiense y estadounidense, con las dificultades inherentes del aumento de la litigiosidad o la eventual colisión de las demandas de acomodo con los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, con el de generalidad de la ley o con la concepción dominante de la igualdad formal) la implementación de la obligación de acomodar en Europa situaría a las personas integrantes de las comunidades religiosas

[949] En el propio Consejo de Europa se ha tenido ocasión de debatir este asunto y valorar la importación del acomodo razonable, AAVV, *Institutional Accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, op. cit.; Bribosia, Emmanuelle y Rorive, Isabelle; *Reasonable accommodation beyond disability in Europe?* op. cit.; También Davies, James y Heys, Tom; "Reinventing indirect discrimination" en *Lewis Silkin, the employment journal*, consultado el 26 de septiembre de 2012, disponible en http://www.lewissilkin.com/Journal/2012/September/Reinventing-indirect-discrimination.aspx#.VehZj_QavBw La dificultad de encontrar un grupo al que pudiesen ser adscritas las señoras Eweida y Chaplin, en los casos que finalmente fueron juzgados por el TEDH, inspiraba a los citados autores a buscar un encaje normativo expreso de la obligación de acomodar en los casos de religión.

[950] Council of Europe, *Opinion of the Commissioner for human rights on national structures for promoting equality*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 21 de marzo de 2011, disponible en https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1761031&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864#P337_60702

minoritarias al nivel de las personas del credo mayoritario, de manera que una demanda de acomodo sólo podría ser rechazada por criterios establecidos en la ley o en la jurisprudencia[951].

Se ha referido en el apartado anterior la reticencia del TEDH hasta el momento a analizar los casos relativos a manifestación religiosa a través de la figura de la discriminación indirecta. Sin embargo, en el reciente caso *Çam c. Turquía*[952] resuelve mencionando expresamente la obligación de acomodar, e incluso, adhiriéndose a la idea de que la falta de acomodo en casos de discapacidad es causa de discriminación[953]. El asunto afecta a la demanda presentada por la señora Ceyda Evrim Çam, la cual alega haber sido discriminada por razón de discapacidad al no habérsele permitido ingresar en el Conservatorio de música de Estambul a causa de la enfermedad que padece en la vista[954]. Aunque la alumna superó el examen musical de ingreso, tocando la *bağlama,* un laud tradicional turco, se le requirió un dictamen médico de aptitud física (como al resto del alumnado). En el informe presentado por la demandante se especificaba que podría asistir a aquellas clases que no requiriesen del sentido de la vista. El conservatorio entendió que todas las clases requerían de esta capacidad, por lo que pidió al médico que había examinado a la alumna que hiciese constar este dato en su valoración. Finalmente, la candidatura de la demandante fue rechazada, por lo que ésta alegó haber visto vulnerado el artículo 14 en conjunción con el artículo 2 del protocolo nº 1 del CEDH.

En el análisis de los argumentos de la demandante, el TEDH dice ser muy consciente del impacto que el requisito de la presentación de una evaluación médica de aptitud física tiene en las candidaturas de personas que, como la señora *Çam*, tienen una discapacidad visual. Esta circunstancia fue la que motivó que el conservatorio rechazara su candidatura y en principio, tal y como estaba planteado, da la impresión de que la alumna no hubiese sido capaz, bajo ninguna circunstancia, de superar el requisito de la aptitud física. El

[951] Bribosia, Emmanuelle y Rorive, Isabelle; *Reasonable accommodation beyond disability in Europe?* op. cit., pp. 67-68.

[952] STEDH caso *Çam c. Turquía*, de 23 de febrero de 2016, ap. nº 51500/08.

[953] Lo dice expresamente en el § 67: "*Pour la Cour, il importe cependant que les États soient particulièrement attentifs à leurs choix dans ce domaine compte tenu de l'impact de ces derniers sur les enfants en situation de handicap, dont la particulière vulnérabilité ne peut être ignorée. Elle considère en conséquence que la discrimination fondée sur le handicap englobe également le refus d'aménagements raisonnables*".

[954] Según consta en la sentencia, se trata de una hipermetropía con nistagmus y una ambliopía severa bilateral. Ibíd § 10.

tribunal entiende que la competencia para fijar los baremos de entrada a los estudios musicales entra dentro del margen de apreciación del centro.

Coincidimos con Joseph Damamme[955] en que, a la vista de estos datos el TEDH bien podría haber conducido su razonamiento por la vía de la discriminación indirecta por razón de discapacidad ya que parece que el hecho de que ciertas personas tengan determinadas características físicas (en este caso un severo déficit de visión) nos hace en ocasiones llegar a la conclusión de que son incapaces de llevar a cabo tareas específicas, cuando es evidente que la demandante domina la interpretación musical con el instrumento de su elección y fue capaz de superar con éxito el examen de ingreso. Mediante el criterio del requisito de aptitud física, tal y como lo fijó el Conservatorio, por mucho que estuviese dentro de su margen de apreciación, no queda claro de qué manera alguien como la señora Çam, o alguien con una discapacidad similar, podría superarlo y podría continuar su formación en este centro. La demandante buscaba mejorar su formación en la interpretación de un instrumento musical que ya dominaba sin que la característica física que terminó inhabilitando su ingreso en el conservatorio le hubiese impedido el manejo de la *bağlama.*

La *ratio* del tribunal parte de la afirmación hecha por el Conservatorio al reconocer que no disponía de infraestructuras que favoreciesen la accesibilidad de personas con discapacidad a sus aulas[956]. En este punto es donde el TEDH anticipa la idea de que la ausencia de acomodo puede ser causa de discriminación por razón de discapacidad. Lo fundamenta en una concepción del artículo 14 CEDH interpretado a la luz de los tratados internacionales que reconocen el *acomodo razonable*, principalmente las referencias a la educación inclusiva contenidas en la *Carta Social Europea* y la explícita exigencia de ajustes razonables en la *Convención de Naciones Unidas relativa a los derechos de personas con discapacidad* (artículos 2 y 24)[957]. Mediante los ajustes razonables el tribunal entiende que se deben corregir aquellas desigualdades de facto que, carentes de

[955] Damamme, Joseph; "Disability discrimination because of denial of *reasonable accommodations*: a very positive connection between the ECHR and the UNCRPD in Çam v. Turkey" en *Strasbourg Observers Blog*, 1 de abril de 2016, disponible en http://strasbourgobservers.com/2016/04/01/disability-discrimination-because-of-denial-of-reasonable-accommodations-a-very-positive-connection-between-the-echr-and-the-uncrpd-in-cam-v-turkey/

[956] *Çam c. Turquía,* op. cit. § 63

[957] Es preciso hacer notar que la Convención fue hecha en Nueva York en diciembre de 2006 y fue ratificada por Turquía en 2009. Los hechos probados de esta sentencia tuvieron lugar entre junio y diciembre de 2004. Entre marzo de 2005 y abril de 2008 la demandante agotó la vía doméstica, lo cual significa que en aquellos años Turquía aún no se había adherido a la Convención.

justificación objetiva, provocan discriminación. En este sentido, se constata que desde 1976 el Conservatorio no ha hecho ningún esfuerzo por adaptar su programa pedagógico a las necesidades del alumnado invidente.

La adhesión definitiva del TEDH, en este caso concreto, a la forma de razonar del *acomodo razonable* llega cuando afirma que la discapacidad visual de la demandante es la única razón que descansa tras la negativa del conservatorio a completar su matrícula, circunstancia que podía haberse resuelto mediante la puesta en práctica de ajustes razonables. No se estima superado, en consecuencia, el test de objetividad al analizar la decisión que dejó a la señora Çam fuera de la formación musical a la que estaba optando.

> *la Cour observe que le refus d'inscription de la requérante au conservatoire reposait sur la seule circonstance qu'elle était non-voyante et que les instances nationales n'avaient, à aucun moment, envisagé l'éventualité que des aménagements raisonnables eussent peut-être pu permettre sa scolarisation au sein de cet établissement. Dès lors, la Cour estime que la requérante s'est vu dénier, sans justification objective et raisonnable, la possibilité de suivre une éducation au sein du conservatoire de musique, à cause de son seul handicap visuel.*[958]

El enfoque de demandar un tratamiento diferenciado para evitar los efectos adversos de una normativa en un colectivo ya fue empleado en *D.H. c. República Checa* o en *Orsus c. Croacia*. En esas ocasiones la inequidad afectaba a colectivos concretos, mientras que en este fallo ha sido en un individuo. Cuando se trataba de situaciones individuales el TEDH optó en *Thlimmenos c. Grecia* por la figura de la discriminación por indiferenciación, mientras que en *Glor c. Suiza* se estimó que no se había conseguido un apropiado balance de los bienes jurídicos en juego al aplicar deficientemente el juicio de proporcionalidad, con lo que no se superó el test de objetividad y se detectó una vulneración del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 CEDH. Ambos razonamientos guardan similitudes con la racionalidad del *acomodo razonable*. En *Çam c. Turquía* se utiliza de manera expresa. Es de agradecer el acercamiento del tribunal en esta ocasión a la figura del *acomodo razonable* en el ámbito de la incorporación de las personas con discapacidad a aquellos terrenos en los que su presencia se ha visto dificultada por normas o prácticas que, aunque fuesen impuestas sin ánimo ofensivo, en la práctica ejercen un efecto adverso sobre ellas. Visto que la obligación de acomodar nos resulta una

[958] *Çam c. Turquía,* op. cit. § 69

herramienta familiar, toca ahora cuestionarnos por su posible empleo en otros campos en los que la discriminación está prohibida, como el de la religión.

8.1.- La lógica de los acomodos en las prácticas religiosas

A la vista de estas reclamaciones y de los análisis realizados en este estudio, nos debemos plantear una respuesta a las siguientes interrogantes; en primer lugar, podemos cuestionarnos acerca de la adecuación de la herramienta del *acomodo razonable* como instrumento óptimo para la gestión de la diversidad religiosa; en segundo lugar, debemos plantearnos si es conveniente o no la importación de esta figura; en tercer lugar, si con arreglo al ordenamiento jurídico vigente, hay posibilidad de encaje de esta técnica, a la manera como se ha hecho en Norteamérica.

A la primera de las interrogantes, nos inclinamos por darle una respuesta afirmativa. Se ha argumentado que la gestión de las necesidades derivadas de la crecientemente diversa práctica religiosa es uno de los retos a los que se enfrentan las sociedades democráticas en la actualidad. Las sociedades comprometidas con una gestión democrática de la diversidad y con la implementación del principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado deben dotarse de instrumentos adecuados para afrontar este estimulante e inaplazable reto. Hemos definido la igualdad como la plena participación de todas las personas en la vida pública y en las instituciones sociales y políticas. Este criterio, vinculado a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de resultados, obtiene una mejor satisfacción a partir de su puesta en práctica a través de una concepción sustancial y no meramente formal de la igualdad. En el ámbito concreto de nuestro estudio, resulta relevante reseñar que la práctica religiosa y su manifestación se entienden amparadas en la formulación contemporánea de la libertad religiosa.

En este sentido, las soluciones normativas y jurisprudenciales que hemos escrutado en la experiencia norteamericana (Estados Unidos y Canadá, no en vano países con un alto nivel de autocomprensión como sociedades naturalmente diversas en lo religioso), principalmente las ligadas a la discriminación indirecta y el *acomodo razonable*, nos ha parecido que ofrecen una mejor ponderación de los bienes jurídicos en juego y una más adecuada valoración de la proporcionalidad de las medidas adoptadas que las detectadas en la experiencia continental europea (en nuestro caso la vinculada a la experiencia española y la del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En estos últimos casos,

nuestra crítica se dirige fundamentalmente, no al hecho de que en la mayoría de los casos la práctica religiosa se haya tenido que ver interferida legítimamente por otros intereses que entraban en juego, sino a que en la fundamentación de las sentencias analizadas no quedaba claro de qué manera o bajo qué circunstancias el bien jurídico que debía ceder (la libertad religiosa de los practicantes) podría preponderar llegado el caso. Es decir, la fundamentación en torno a principios abstractos como la laicidad, la neutralidad del espacio público o el orden público parecen erigirse a modo de barreras contra las cuales las prácticas religiosas inusuales o percibidas como abyectas por la mayoría de la sociedad, están destinadas a decaer sin que se vislumbre la manera en la que podrían resultar justificadas.

El test de necesidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales debería tener como referente principal la vulneración de derechos de terceras personas, auténtica piedra de toque de la convivencia democrática entre sujetos diversos. La apelación a conceptos abstractos (orden público, principio de laicidad…) se emplea a modo de cautela para fundamentar un punto de vista parcial y elevarlo a la categoría de universal y normativo. Nos parece más adecuado reconducir las controversias que afectan a derechos fundamentales a una verdadera ponderación de bienes jurídicos en juego que puedan ser identificables y mesurables adecuadamente. Evaluar la manifestación religiosa individual en relación con el principio de laicidad equivale a poner a un individuo en un lado de la balanza y al resto de la sociedad en la otra; no son elementos comparables salvo que se acredite certeramente cuál es el daño concreto que la práctica religiosa provoca en el derecho de una o varias personas afectadas. En este sentido, en los casos estudiados en la jurisprudencia norteamericana hemos detectado una ponderación más equilibrada en la medida en que los bienes jurídicos confrontados han sido definidos de una forma más paritaria (libertad religiosa versus libertad de empresa en el caso del derecho a portar SDAR frente al derecho de la empresa a establecer una identidad corporativa; o bien libertad religiosa versus seguridad y salud laboral, en el caso de que se estime que el uso de un SDAR pudiera interferir con los estándares de seguridad laboral que la empresa empleadora está obligada a implementar).

Igualmente, en la articulación del test de proporcionalidad, en el que se comprueba la adecuación de la medida adoptada frente a los efectos que ésta ha producido, también estimamos que el enfoque empleado en los casos norteamericanos resulta más tuitivo de la diversidad religiosa. En el capítulo 2 hicimos un acercamiento al principio de

proporcionalidad y establecimos que debería satisfacer tres criterios: que la medida resultase apropiada, necesaria y proporcional en sentido estricto. En última instancia se trata de adverar que la medida limitadora puesta en práctica se adecúa al objetivo propuesto, tiene capacidad para obtener la finalidad pretendida y sus beneficios superan los perjuicios ocasionados. Desde nuestro punto de vista, este test resulta insatisfactoriamente aplicado en muchos casos de los analizados en la jurisprudencia española y del Tribunal de Estrasburgo. No queda claro de manera convincente que la limitación absoluta al empleo de SDAR o bien a otros ejemplos de exteriorización religiosa, con el consiguiente perjuicio que ello ocasiona a las personas creyentes, sea la manera más adecuada de tutelar el bien jurídico preponderante ni que los beneficios obtenidos con la limitación sean superiores a los notorios perjuicios provocados[959].

Sobre el ya comentado uso (y abuso) de las doctrinas de la "libertad para cambiar de empleo" o el "margen de apreciación estatal" no nos extenderemos más, aunque conviene recordar su utilidad instrumental a la hora de evitar profundizar en los propios test de necesidad o de proporcionalidad.

Precisamente es la estricta aplicación del test de proporcionalidad la que nos conduce (y condujo asimismo a los tribunales angloamericanos) a la siguiente cuestión: si la norma o estándar laboral neutral que impone la limitación es legítima por resultar necesaria en una sociedad democrática, pero su puesta en práctica no es proporcional por existir formas menos gravosas para alcanzar la finalidad propuesta, ¿no exige el principio de igualdad optar por esa medida menos lesiva pues de lo contrario podríamos estar avalando una discriminación producida de manera indirecta?

Ciertamente para poder llegar a plantear esta cuestión es preciso haber articulado y desarrollado plenamente los test de necesidad y proporcionalidad. De ahí que el *acomodo razonable*, como se ha sostenido a lo largo de este estudio, no se configure como un derecho absoluto, sino que sea una continuación de la ponderación que acabamos de describir. El límite de la *carga excesiva* es, en este sentido, una garantía para ambas partes implicadas, puesto que, como prolongación natural del test de proporcionalidad, toma en

[959] La objeción a la manera en que el TEDH aplicó el juicio de proporcionalidad es el punto de partida que Rey Martínez hace al fallo del caso *Şahin*, en el que llega a poner en duda la legitimidad del fin perseguido con la prohibición. Rey Martínez, Fernando; "El problema constitucional del hijab" en Revenga, M., Ruiz-Rico, G. y Ruiz, J.J. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Marid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 65-75.

consideración las circunstancias concretas del caso y valora bajo qué coste material podrían ser implementadas esas medidas menos lesivas para con el derecho cedente y que ha quedado demostrado que estaban disponibles. No hay lugar, por tanto, para hablar de privilegio, toda vez que la obligación de acomodar no se impondría en caso de conflicto, de manera inmediata y absoluta, sino que debería ser testada la carga que la parte que asume el acomodo debería afrontar. Más que con una prerrogativa o con una exención, esta figura tiene que ver con la negociación natural que los integrantes de una sociedad diversa deben plantear a la hora de deliberar sobre las necesidades de cada persona.

La consideración de las prácticas de acomodo como obligatorias mediante su inclusión en textos normativos, por más que hayan generado controversias tras su popularización en Canadá, o particularmente en el caso de Quebec, se nos antojan necesarias toda vez que su articulación como voluntarias dejaría su efectividad al arbitrio de los usos sociales, las relaciones laborales o las prácticas institucionales. Si hemos argumentado que ciertas manifestaciones son percibidas muchas veces por la mayoría de la sociedad, consciente o inconscientemente, como ajenas, abyectas o, como mínimo, improcedentes, precisaríamos de un instrumento que, con carácter obligatorio, situase a quienes pretender interferir en la práctica religiosa de sus conciudadanos en la necesidad de justificar la *carga excesiva* que les impide dar curso a la petición de la persona practicante y a dificultar o impedir así, el ejercicio de un derecho al que está facultado. La voluntariedad de los acomodos autorizados por las leyes 24, 25 y 26/1992 y su escasa efectividad es una muestra clara de por qué no deben dejarse al arbitrio de las relaciones laborales.

Si llegamos a la conclusión de que la obligación de acomodar podría ser una herramienta útil para la gestión de la diversidad religiosa, deberíamos responder ahora a la segunda de las cuestiones que nos planteábamos acerca de la conveniencia de importar este instrumento, como han sugerido distintas voces. Ya hemos indicado en este mismo capítulo que la lógica y la finalidad de los acomodos no es ajena ni a la legislación comunitaria ni a las legislaciones domésticas, bien por la vía explícita (en el ámbito de las *medidas adecuadas* en beneficio de las personas con discapacidad), bien por el desarrollo histórico de disposiciones de fomento del acceso y permanencia en el mercado laboral de ciertos colectivos como las trabajadoras embarazadas o las personas que disfrutan de un permiso parental. Si la realización de *ajustes razonables* (por emplear la terminología de la directiva 2000/78) hasta el límite de la *carga excesiva* es imperativa en el terreno laboral como medio para garantizar el principio de la igualdad, no vemos

razones para que esta forma de operar no sea extensible a otros campos en los que está vigente la prohibición de discriminar.

La tercera interrogante que nos hemos planteado al inicio de este capítulo tiene que ver con el encaje que estas medidas podrían tener en el ordenamiento jurídico español. Es verdad que en Canadá fueron los tribunales de justicia los que a partir de la figura de la discriminación indirecta alcanzaron el horizonte del *acomodo razonable*. Pero convendría reflexionar en torno a la diferente legitimidad en la creación del derecho que tienen los tribunales del *common law* con los tribunales del *civil law*. Como agudamente apunta Frederique Ast, los primeros son más proclives al empleo de medidas alternativas que contribuyan a la protección de las personas vistas como vulnerables, mientras que, en el caso de los segundos, puede imperar el miedo a fomentar el comunitarismo a costa de mermar el principio de generalidad de las leyes[960]. En consecuencia, más que hacer descansar la responsabilidad de implementar medidas de acomodo en los jueces y tribunales, parece que deberíamos incluir este debate entre los pendientes de trasladar a instancias legislativas para que encuentren reconocimiento normativo. No en vano afectan a la gestión democrática de una diversidad presente en la misma sociedad. Como ya se ha argumentado, ni la *ratio* que está detrás del acomodo es ajena a la tradición continental europea ni la propia figura del *acomodo razonable* (bien es cierto que únicamente en el campo de la discapacidad) resulta extraña, por más que pueda encontrar opositores a la idea de aplicarlo en el campo de la práctica religiosa. Por nuestra parte no vemos motivos para no hacerlo en todos aquellos terrenos protegidos contra la discriminación.

De cualquier manera, a partir de lo observado en nuestro análisis, sí que podríamos argumentar que con las herramientas disponibles a día de hoy en el ordenamiento español y comunitario no sería descabellado afirmar que el empleo de SDAR podría encontrar un marco de mayor tutela judicial en su ejercicio. Incluso acercarse a fundamentaciones cercanas a la lógica de los acomodos.

El reconocimiento de la figura de la discriminación indirecta no ofrece, ni en el Derecho comunitario ni en el español, diferencias con el reconocido en Norteamérica. La medida o norma considerada discriminatoria debería ser declarada nula, pero la discriminación

[960] Ast, Frederique "Indirect Discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits" *op. cit.* p. 101.

indirecta podría resultar justificada de manera objetiva si existe una causa legítima y los medios empleados para alcanzarla son apropiados y necesarios. El TJUE puso en juego un escrutinio estricto en el mencionado caso *Bilka Kaufhaus* estableciendo un estándar probatorio alto para justificar una discriminación indirecta.

Si bien es cierto que ante el TJUE no se han planteado hasta el momento casos relativos a la práctica religiosa mediante el empleo de SDAR[961], lo cierto es que el exigente estándar probatorio mencionado podría ampliarse a otros ámbitos en los que la discriminación está prohibida, como la religión, especialmente teniendo en cuenta el dato de que sólo la discriminación por razón de edad admitiría, bajo ciertas condiciones, la discriminación directa en la legislación comunitaria. Si el estándar probatorio de la discriminación directa por razón de la edad es muy estricto, *a fortiori* podemos pensar que igual de exigente o más debería ser en aquellos campos en los que la discriminación está prohibida y que, además, no permiten excepción alguna de discriminación directa.

En lo referente a la jurisprudencia del TEDH, este tribunal ha empleado la figura de la discriminación indirecta en casos en los que ciertos grupos sociales, de base etno-cultural, se han visto perjudicados de manera particular frente al resto de la población, por ejemplo, en *D.H. y otros contra República Checa*. En los casos en que la libertad religiosa estaba en juego, el Tribunal de Estrasburgo ha sido menos proclive a emplear la figura de la discriminación indirecta, que implicaría estudiar la interferencia del artículo 9 en relación con el artículo 14 CEDH. No obstante, en el aludido caso *Vojnity* sí que valoró la interferencia del artículo 8 en relación con el 14 CEDH y, en aquella ocasión se pronunció

---

[961] Recientemente se ha tenido conocimiento de la próxima vista ante el TJUE de los casos *Bougnaoui and another v Micropole Univers* y de *Achbita and another v G4S Secure Solutions NV*. El caso *Bougnaoui* ha sido remitido al Tribunal de Luxemburgo desde los tribunales franceses. Una empleada que vestía *hiyab* fue instada por sus superiores jerárquicos a que se lo retirase mientras visitasen a un cliente ya que éste así lo requirió quejándose de su apariencia. Tras el rechazo de la empleada, ésta fue despedida. El argumentario del caso parece girar en torno a si una apariencia neutral puede considerarse un genuino requerimiento laboral. Disponible en http://www.xperthr.co.uk/law-reports/cases-on-appeal/150439/?cmpid=ILC|PROF|HRPIO-2013-110-XHR_free_content_links|ptod_article&sfid=701w0000000uNMa#bougnaoui-and-another-v-micropole-univers-achbita-and-another-v-g4s-secure-solutions-nv Hasta el momento se han conocido, para cada uno de los casos, las opiniones de la Abogacía General. En el caso Achbita http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=179082&pageIndex=0&doclang=en y en Bougnaoui http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181584&doclang=EN Ambos dictámenes discrepan en su interpretación del artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE. Para un análisis de las consecuencias que puede deparar esa discrepancia en los futuros fallos del tribunal, ver Howard, Erica; "Headscarves and the Court of Justice of the European Union: Two Opposing Opinions" en *Blog of the European Journal of International Law*, 1 de Agosto de 2016, disponible en http://www.ejiltalk.org/headscarves-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-two-opposing-opinions/

a favor de que sólo razones de notorio peso "*Very weighty reasons*" podían justificar tal interferencia, incluyendo a la religión entre los campos que merecían el riguroso escrutinio bajo este principio.

Previamente, en el caso *Glor* el mismo tribunal había establecido el criterio de la toma en consideración de los medios menos lesivos al valorar la proporcionalidad de una medida eventualmente discriminatoria. De esta forma, el Tribunal de Estrasburgo sí que cuenta con un elevado estándar probatorio a la hora de justificar una medida o norma que pueda resultar discriminatoria en su modalidad indirecta y también ha formulado la doctrina que exige emplear los medios menos gravosos cuando se demuestre que estaban disponibles, que no es otra cosa que la valoración de la proporcionalidad *stricto sensu* que definíamos en el capítulo 2. De manera que para este tribunal la figura del *acomodo razonable* no resulta extraña, bien porque en ocasiones sus fallos han estado cerca de su lógica y han supuesto acomodos en la práctica (en *D.H. y oros c. República Checa* o *Glor c. Suiza*, sin ir más lejos), bien porque ha sido una figura estudiada y mencionada expresamente (en *Eweida y otros c. Reino Unido* o en el voto particular de la juez Tulkens en *Francesco Sessa c. Italia*).

Podemos especular que el terreno en el que el TEDH no quiere entrar es aquel que le podría llevar a concluir que la negativa a ofrecer un acomodo religioso podría ser causa de discriminación[962]. Como hemos visto, es un aspecto que ha llegado a retraer al propio TSEUA y que podría explicar su visión restrictiva con respecto a esta figura. En el caso del Tribunal Supremo de Canadá sí que se ha aventurado en esta línea de razonamiento y ha concluido que la negativa a ofrecer un acomodo (que estuviese dentro de las posibilidades de la empresa empleadora, no constituyese *carga excesiva* y tuviese la virtud de habilitar a un individuo a ejercitar plenamente un puesto de trabajo que no puede desempeñar normalmente por una característica personal objeto de protección) sería causa de discriminación o que, de acuerdo al razonamiento que hemos desarrollado más arriba, propiciaría que el test de objetividad que descartaría una discriminación indirecta no se ha superado. En el caso *Bergebin*, el juez Cory, en nombre de la mayoría ofreció respuesta la cuestión de por qué se debía ofrecer un *acomodo razonable* en aquellos casos

[962] Hemos analizado cómo en un reciente pronunciamiento sí que ha llegado hasta ese extremo, en el campo de la incorporación de personas con discapacidad al ámbito educativo en *Çam c. Turquía,* op. cit.

en los que una norma aparentemente neutral afectaba a un individuo concreto o a un grupo de los mismos.

> *If there is to be true equality and fairness in the workplace without regard to religious beliefs, then it follows as the night the day that there must be a duty resting upon an employer to take reasonable steps to accommodate those employees that are adversely affected by the employment rules. This is essential if the aim of human rights legislation is to be fulfilled. Anything less defeats the purpose of such legislation and makes it a hollow enactment of little value in the workplace*[963].

Recientemente, por su parte, el TSEUA terminó avalando un razonamiento parecido en el comentado caso *Abercrombie*, analizado en el capítulo 4. La empresa empleadora argumentaba su desconocimiento de que la demandante vestía su *hiyab* por motivos religiosos ya que interrumpió el proceso de selección antes de tener conocimiento de ese dato. Sin embargo, si la parte demandante llegase a demostrar que fue la nula disposición a acomodar a esta potencial empleada, en caso de haber sido contratada, lo que llevó a la empresa a abortar su reclutamiento, estaríamos ante una circunstancia discriminatoria. En consecuencia, un estándar laboral aparentemente neutral (apariencia corporativa) que causa una desventaja, soslayable mediante un acomodo, no superaría el test de objetividad de la discriminación indirecta (particularmente la proporcionalidad de la medida adoptada) si ese acomodo hubiese sido rechazado sin que mediase *carga excesiva* en la empresa empleadora.

Por más que el TEDH, a causa de estos motivos o por otros, haya sido hasta el momento refractario al empleo de la figura de la discriminación indirecta en materia religiosa, el análisis del test de necesidad y del test de proporcionalidad de aquellos casos en los que la libertad religiosa colisiona con otro derecho o bien jurídico merecedor de tutela jurídica, podría dar lugar a una racionalidad más tuitiva que la puesta en práctica hasta el presente. Ya se ha argumentado que la ponderación de los bienes jurídicos en juego cuando se trata de valorar la interferencia con un derecho fundamental cuenta, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del TC con elementos garantistas. Por ejemplo, por más que una medida limitadora se estime como necesaria, el derecho cedente no debería verse restringido hasta el extremo de quedar vacío de contenido[964]. La protección de éste extremo resulta básica para entender la interacción entre derechos

[963] *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525

[964] STC 154/2002, *op. cit.;* STEDH *Metropolitan Church of Bessarabia y otros c. Moldavia*, op. cit.

fundamentales, toda vez que entre ellos no se ha llegado a establecer una jerarquía puesto que ostentan el mismo rango en el ordinario ejercicio de las libertades públicas y por estar íntimamente ligados, como valores tutelados por el ordenamiento jurídico, al principio de la dignidad de la persona. Éste es el valor de la ya comentada doctrina que impone emplear los medios menos gravosos disponibles en cada caso cuando se trata de limitar un derecho fundamental en beneficio de otro. En esos casos es exigible la aplicación del criterio de "*Least restrictive means*", de forma que los perjuicios derivados de la limitación de un derecho no sean superiores a los beneficios que trae consigo la medida adoptada. Este requerimiento coincide con el tercero de los pasos que proponíamos en el test de proporcionalidad del capítulo 2 y que correspondería con la proporcionalidad propiamente dicha (proporcionalidad *stricto sensu*, siendo los dos anteriores los criterios de la propiedad y necesidad de la medida limitadora adoptada).

Cabría preguntarse, llegado este momento, por las conclusiones a las que se podría haber llegado en alguno de los casos analizados en el capítulo 2 (por ejemplo, *Phull c. Francia, Morsli c. Francia, Şahin c. Turquía*…) si se hubiese utilizado el criterio de *least restrictive means* a la hora de articular un test de proporcionalidad y comprender cómo deberían interactuar la libertad religiosa en su fuero externo con bienes jurídicos y derechos de terceros objeto de tutela como la seguridad pública o la libertad de empresa, por ejemplo. En los casos mencionados las alumnas afectadas tuvieron que abandonar el centro escolar o universitario de su elección para continuar su formación por correspondencia o desplazándose al extranjero. Algunas personas demandantes tuvieron que dejar sus empleos y otros (como el caso del señor Phull) se vieron obligados a despojarse de sus SDAR en un lugar poco discreto y de manera precipitada bajo el riesgo de perder el avión que pretendía tomar. Si bien es cierto que en el caso *Eweida* parecía que el razonamiento del TEDH se comenzaba a mover a terrenos más proclives al escrutinio estricto de los test de legitimidad y proporcionalidad, el reciente pronunciamiento del caso *Ebrahimi* sugiere que tal avance puede haberse detenido.

La aplicación rigurosa del test de objetividad (en el caso de la discriminación indirecta) y de los test de necesidad y de proporcionalidad (en los casos de colisión de derechos fundamentales o bienes objeto de tutela jurídica) ha sido fuertemente recomendada por la

doctrina[965] en la medida en que conducen a una ponderación más rigurosa de los bienes en conflicto y otorgan relevancia al derecho del individuo que pretende manifestar o poner en práctica su fe mediante el uso de simbología dinámica, al tiempo que ponen en valor la importancia que estos individuos adjudican al hecho de portar estos signos.

Hemos reflejado, al comienzo de este capítulo, algunas visiones teóricas que llaman la atención acerca del carácter sistémico de las percepciones y las relaciones de dominación/subordinación entre los grupos sociales. También se han analizado las dificultades y contradicciones de las categorías de igualdad y diferencia. Estos aspectos han revelado algunas de las restricciones del *acomodo razonable* como instrumento jurídico de gestión de la diversidad, aunque a nuestro modo de ver, en modo alguno lo convierten en una herramienta prescindible o ineficaz en el momento actual del debate acerca de la gestión de la pluralidad social. Por un lado, no se puede afirmar que las prácticas de acomodo y su institucionalización en forma de obligación sean la línea de meta de la gestión inclusiva de la diversidad. Es preciso complementar el *acomodo razonable* con otras técnicas y políticas públicas. Creemos, sin embargo, que a través del análisis que en el presente estudio estamos realizando, se aprecia su condición como una de las soluciones disponibles, de manera inmediata y efectiva, para abordar los retos que traen consigo las sociedades crecientemente plurales e impulsar una ciudadanía inclusiva. Sí que afirmamos que, su implementación en serio, implicaría una vocación de autocomprensión de la propia heterogeneidad y un deseo de atajar, siquiera parcialmente, los comportamientos y estándares que dejan a muchas personas, de manera efectiva, fuera del mandato constitucional de una participación plena en la vida política, económica, cultural y social. Este factor, ligado a la voluntad de transformación, supone una conciencia de cambio de paradigma en las relaciones interpersonales e intergrupales que constituye, en sí misma, la primera de las fases de cualquier proyecto de convivencia[966].

[965] Además de los autores mencionados a lo largo del presente capítulo es preciso citar también a Castro Jover, Adoración; "Interculturalidad y derecho en el ámbito regional y supranacional europeo" en Castro Jover, A. (dir.) *Interculturalidad y Derecho*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2013, pp. 23-57, quien advierte de la necesidad de que el TEDH emplee criterios interpretativos que se alejen del análisis meramente formal de la norma y se adentren en el análisis de fondo para averiguar si existe un impacto discriminatorio en su aplicación. Igualmente llama la atención para que se aplique, por parte del tribunal, una apreciación más rigurosa del test de proporcionalidad y del margen de apreciación, puesto que este déficit no puede ir más que en menoscabo de la legitimidad de esta corte. De igual manera apela a la ampliación de las técnicas de ajuste razonable, en la legislación comunitaria, más allá de la discriminación por razón de discapacidad.

[966] Efectivamente, aunque nuestra investigación ha procurado abundar en las posibilidades que ofrece un instrumento jurídico concreto, es evidente que la tarea que tenemos ante nosotros, como sociedad consciente y dispuesta a gestionar la diversidad, excede los márgenes y las posibilidades que ofrece el

Pensamos que la cultura de los acomodos propende en esa dirección. Adicionalmente se podría añadir que la mutua interacción provocada por la obligación de acomodar contribuye a la superación de desconfianzas, miedos y ansiedades mutuas. En este sentido el *acomodo razonable* fomenta nuevas actitudes proactivas, en un entorno preventivo y no solamente reactivo[967].

Bien desde una perspectiva pragmática, o desde la urgencia del momento, que nos impulsa a ofrecer una solución, creemos que el *acomodo razonable* resulta un instrumento inmediatamente disponible y plenamente implementable, sin perjuicio de que un análisis más profundo de la materia nos exhorte, desde un concepto amplio de justicia social vinculado a una equidad plena, a explorar fórmulas más omnicomprensivas de transformación institucional.

Podemos concluir que, sin perjuicio de animar a la adopción explícita de la figura del *acomodo razonable* por parte del poder legislativo, estimamos que están disponibles de manera inmediata las herramientas necesarias para proceder a una gestión inclusiva de las necesidades religiosas derivadas del uso de SDAR con unas consecuencias muy similares a las obtenidas mediante el empleo de la obligación jurídica de acomodar. ¿No estaríamos entonces, más que ante un debate técnico-jurídico, ante una cuestión de percepción? De cómo percibimos a quiénes somos "nosotros" quiénes no son "como nosotros".

derecho, ya que al mismo tiempo son varias las competencias y las capacidades personales que debemos poner en práctica para abordar el desafío de las sociedades plurales. Las palabras de Javier de Lucas resultan ilustrativas "*En realidad, el derecho no es el elemento decisivo en una política razonable de gestión de ese factor de pluralidad social que son los movimientos migratorios, en la que el elemento dirimente es una voluntad política de comprensión y orientación de la existencia de los flujos migratorios y de su presencia entre nosotros, pero sí es imprescindible. Por esta razón, creo que debemos pasar de la formulación restrictiva propia de un derecho defensivo frente a la inmigración (…) a una postura más amplia y de largo alcance que, inevitablemente, supondrá profundas modificaciones en la mirada jurídica y política sobre los inmigrantes. El derecho, el mejor derecho, como explicara magistralmente Ihering y nos recuerda Ferrajoli, puede ambicionar ser un buen sistema de garantías de los derechos, de la igualdad en las libertades. Nada menos. Pero poco más. Quiero decir, que tienen razón los que nos recuerdan que la inmigración no es solo, ni siquiera sobre todo, una cuestión legal. Por eso es verdad que, si queremos tratar en serio la inmigración, debemos ir más allá de leyes o actuaciones judiciales*". De lucas, Javier; "Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político" en *Papers: revista de sociología*, nº 9, 2009, p. 14.

[967] Factores vinculados a un enfoque proactivo y dependientes de una actitud abierta que pone de manifiesto Elósegui Itxaso, María "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público" *op. cit.* p. 88.

A MODO DE CONCLUSIÓN

> Considerada aisladamente, una pieza de un puzzle no quiere decir nada; es tan solo una pregunta imposible, reto opaco; pero no bien logramos tras varios minutos de pruebas y errores, o en medio segundo prodigiosamente inspirado, conectarla con una de sus vecinas, desaparece, deja de existir como pieza; la intensa dificultad que precedió aquel acercamiento, y que la palabra puzzle -enigma- expresa tan bien en inglés, no solo no tiene ya razón de ser sino que parece no haberla tenido nunca, hasta tal punto se ha hecho evidencia: las dos piezas milagrosamente reunidas ya sólo son una, a su vez fuente de error, de duda, de desazón y de espera.
>
> Georges Perec – *La vida instrucciones de uso*

1.- El fundamento normativo del acomodo razonable.

No ha sido la intención de este estudio restar trascendencia a la comprensible ansiedad que el contacto con formas de expresión y cosmovisiones alejadas de las tradicionales pueden generar en la ciudadanía de nuestra sociedad. Que el compañero de pupitre de nuestros hijos asista a clase con un cuchillo ceremonial o que la cola en la que estamos esperando para embarcar en un avión lleve varios minutos detenida porque el personal del aeropuerto espera instrucciones acerca de cómo actuar con un pasajero que viste turbante, son situaciones que generan niveles de preocupación y estrés comprensibles en personas que actúan de buena fe. No sólo asistimos a expresiones de conciencia o religiosas que nos resultan inhabituales, sino que se generan circunstancias en las que no nos queda claro ni cómo actuar ni cuál es el interés que debería preponderar en cada momento. Nuestros hábitos sociales se han cimentado sobre usos, estándares o normas de comportamiento, tan aparentemente evidentes para nosotros, que no ha sido necesario explicitarlas. No hemos necesitado fundamentar la pretendida uniformidad heredada sobre la que hemos construido nuestro devenir cotidiano. Aunque una mirada retrospectiva nos ayuda a comprender que, como todos los constructos sociales, nuestros consensos son situaciones creadas en diferentes momentos a partir de encuentros con novedades, sea por contacto con grupos exógenos o bien por evolución endógena, como puede ser el caso de los conflictos entre grupos generacionales o entre géneros. Por más que, llegado un punto, no seamos conscientes de los conflictos ya superados que han dado lugar a una determinada tradición, ésta precisó de un fundamento para ser reconocida como “normalidad”. Estos procesos de construcción a través de la resolución de conflictos

son continuos y están en la base de la tensión que analizamos y que deberá ser afrontada o gestionada de manera creativa.

La creciente diversidad de las sociedades europeas, producto no solamente de los fenómenos migratorios sino también de la mayor complejidad de los procesos de formación identitaria de los individuos, nos sitúa ante la urgencia de gestionar y dar respuesta a necesidades que hasta hace algunos años nos parecían puramente especulativas. ¿Cómo reaccionar ante la solicitud de personas que quieren participar de una actividad deportiva con la cabeza cubierta, por ser un imperativo de su fe?, ¿Se puede comparecer ante un tribunal en calidad de testigo, demandante o ejerciendo la defensa legal, ataviado con elementos religiosos? [968], ¿Resulta razonable aceptar excepciones a la obligación de vestir un uniforme?, ¿Es el mismo nivel de exigencia el demandado en una empresa privada que en un cuerpo militar o policial?, ¿Y si el requerimiento en el vestir es una exigencia profesional impuesta de buena fe?, ¿Sería diferente si fuese una exigencia profesional producto de los mandatos derivados de la seguridad y la salud en el trabajo?

A lo largo del presente estudio se han tratado de abordar éstos y otros casos a través del análisis de la normativa aplicable y la jurisprudencia generada por la misma. Lejos de ser situaciones artificiales o "de laboratorio", se trata de casos planteados por personas que entendían que, de acuerdo a los dictados de su credo, debían compaginar estas actividades profesionales o de ocio con su atuendo y sus signos de adscripción religiosa. De esta forma, podemos concluir que necesitamos dotarnos de herramientas intelectuales y jurídicas que nos permitan discernir y actuar en estos casos, manteniendo una coherencia con los principios democráticos y con la mayor conciliación posible de los derechos fundamentales implicados en las controversias, entre los cuales la libertad religiosa y su fuero externo resultan ser un elemento recurrente.

El *acomodo razonable* es uno de los instrumentos jurídicos a nuestra disposición para poder gestionar una sociedad crecientemente plural desde un paradigma inclusivo. Su fundamentación normativa se encuentra en la dimensión sustantiva del principio de

[968] Sin embargo, da la sensación de que estas preguntas son planteadas en relación con los grupos minoritarios ya que el problema, en muchas ocasiones, no es tanto el atuendo religioso como la expresión de la otredad que se exterioriza con esa vestimenta. Seguramente personas que han ingresado en confesiones religiosas cristianas y que visten hábito a consecuencia de ello, no encontrarían inconvenientes al comparecer ataviados con elementos religiosos ante un tribunal.

igualdad y en la lucha contra la discriminación como un fenómeno que puede materializarse en normas, usos o estándares de comportamiento que no tienen necesariamente una vocación excluyente pero que, en la práctica, pueden dificultar el acceso de determinados individuos o colectivos a la plena participación social, laboral, política o cultural a consecuencia de una característica propia de estas personas en torno a la cual está prohibido hacer distinción alguna.

Si a estas consideraciones unimos el dato sociológico que nos indica que en las sociedades modernas las afiliaciones identitarias no están predeterminadas, sino que tienen que ver con la interacción de los discursos individuales, los símbolos y los significados atribuidos a los mismos, podemos apreciar cómo la pluralidad entre la ciudadanía no es un dato contingente de las sociedades modernas, sino que es un fenómeno permanente que es preciso gestionar. El rechazo al ideal asimilacionista es un presupuesto de la obligación de acomodar. Si atendemos al proceso dinámico y complejo de creación de las identidades modernas, la renuncia a las mismas no parece ser la solución óptima para dar una respuesta a esa diversidad. En el ámbito concreto de la pluralidad religiosa y el uso de SDAR este rechazo al asimilacionismo debería materializarse en una concepción de la neutralidad del Estado respecto a los credos que fuese respetuosa con las expresiones públicas siempre que no interfiriesen con el mandato de imparcialidad de los poderes públicos. Es decir, que éstos tienen que garantizar una estricta ecuanimidad en relación con el fenómeno religioso como una prolongación del mandato de tutela de la propia pluralidad que existe entre sus administrados, pero no como una imposición a los mismos de un "silencio expresivo" en relación con sus creencias que vendría en menoscabo, precisamente, de esa diversidad que se debe garantizar.

La tradición europea de relaciones entre el Estado y los credos religiosos está influida por la idea de uniformidad (étnica, jurídica o religiosa) en torno a la cual se consolidaron los Estados-nación. En el caso español, la mayoría de cuyos regímenes (constitucionales o no) de los siglos XIX y XX han estado caracterizados por una explícita o velada confesionalidad católica, este ideal de uniformidad es muy marcado. En consecuencia, por más que la formulación y la articulación normativa de la libertad religiosa y del principio de igualdad y no discriminación en los textos de referencia, tanto nacionales como internacionales, haya sido plasmada de manera garantista, su aplicación práctica presenta déficits que provocan el cuestionamiento acerca de la manera en la que podrían ser superados.

En el capítulo 2 se han analizado diversos casos de la jurisprudencia española y del TEDH en torno a la manifestación de la libertad religiosa y particularmente acerca del uso de SDAR. En los debates del poder constituyente se pudo escuchar la voz de quienes defendieron que los derechos y libertades de terceras personas debían ser, de manera funcional, el verdadero límite al ejercicio de derechos fundamentales. El amparo de las limitaciones en conceptos como el orden público y la seguridad o la salud públicas deberían representar un interés preponderante del Estado (*Pressing social need* o *Compelling State interest*, por emplear términos que nos resultan familiares en este estudio), que igualmente debería quedar acreditado pues de lo contrario podríamos caer en la tentación de emplearlos preventivamente.

En el ámbito que nos ocupa llama la atención, de hecho, la fundamentación de la limitación del fuero externo de la libertad religiosa en conceptos dotados de un elevado nivel de abstracción sin que, en muchos casos, se haya demostrado, en la ponderación de bienes jurídicos en juego, cuál era el perjuicio efectivo ocasionado por la manifestación de fe. De esta forma, lo que nos ha llamado la atención en nuestro análisis no ha sido solamente la fundamentación jurídica que ha amparado la limitación de un derecho fundamental en beneficio de otro derecho o bien jurídico merecedor de tutela, sino el hecho de que, en la *ratio* de esos pronunciamientos, los tribunales no dejaban entrever de qué manera y bajo qué circunstancias el derecho cedente podría llegar a prevalecer. Si a estas objeciones se añade el empleo ocasional, pero en absoluto casual, de expresiones valorativas acerca de la legitimidad o la conveniencia de las prácticas religiosas objeto de juicio[969], se alcanza una conclusión poco satisfactoria acerca de la capacidad tuitiva de la manifestación religiosa desde estos enfoques.

Desde nuestro punto de vista se debería implementar un razonamiento que consiguiese ponderar los bienes jurídicos en juego significándolos a partir de las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Para ello se otorgaría un peso constante a la manifestación de la libertad religiosa en uno de los lados de la balanza, situando en el otro los derechos de terceros u otros bienes jurídicos merecedores de protección, valorados a partir de las condiciones concretas que concurren en ese suceso particular. Con este

[969] Expresiones que, como se ha argumentado, constituyen extralimitaciones de los jueces y tribunales: "antes vestía de forma normal" (Sentencia nº 35/2012 del juzgado Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid) "resulta difícil conciliar la vestimenta del *hiyab* con el mensaje de tolerancia, respeto a los demás, igualdad y no discriminación" (*Dahlab c. Suiza*, op. cit., citado en *Şahin c. Turquía*, op. cit. § 111).

enfoque se trataría de evitar otra de las sensaciones que nos deja el repaso jurisprudencial realizado en el capítulo 2, que no es otro que el de la capitulación total de la manifestación religiosa a costa de un elevado precio a pagar por las personas que no vieron su pretensión amparada por los tribunales[970]. Este extremo contradice uno de los principios doctrinales, tanto del TC como del TEDH, que establece la necesaria proporcionalidad en la eventual limitación de un derecho fundamental en caso de que se estime que otro debe prevalecer. Un derecho fundamental no debería ceder hasta el punto de verse vaciado de contenido en caso de conflicto con otro derecho fundamental. El perjuicio que las personas de algunos casos analizados debieron asumir nos lleva a concluir que este test de proporcionalidad no se aplicó de forma estricta, o que al menos debió articularse de una manera que paliase lo gravoso de la limitación que los protagonistas de los mismos tuvieron que afrontar.

Con el ánimo de ofrecer un marco analítico para la evaluación de la proporcionalidad de la medida limitadora de derechos fundamentales, en el capítulo 2 se propuso un escrutinio estricto que condujese, en tres pasos, a la valoración de la necesidad que impone la limitación, su adecuación a las circunstancias del caso concreto y la proporcionalidad *stricto sensu* de la medida limitadora.

Frente a esta visión garantista de las manifestaciones de la libertad religiosa a partir de su consideración como elemento constitutivo (fuero externo) de un derecho fundamental, la tradición anglo-americana añade el elemento del respeto al principio de igualdad, en su vertiente sustantiva, así como el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos. Este enfoque pone de manifiesto que, en la interacción de identidades y cosmovisiones religiosas en el espacio público, ciertas personas y colectivos pueden tener dificultades de acceso y permanencia en el mismo por no poder cumplir los estándares, costumbres o normas a partir de las cuales se regulan el comportamiento y las expectativas sociales. Este proceso no es meramente dialógico, sino que tiene repercusiones en la participación de los individuos en la vida social, política, económica y cultural.

[970] El abandono de la carrera universitaria en el país de origen para trasladarse al extranjero en caso de querer proseguir con ella (*Şahin c. Turquía*, op. cit.), la continuación de los estudios a distancia desde el propio domicilio, en el caso de ciertas alumnas que cursaban bachillerato, (*Dogru c. Francia*, op. cit.), la pérdida del empleo (*X c. Reino Unido*, op. cit.) o la prohibición de acceso a un edificio púbico en el que se debía hacer un trámite administrativo de reagrupación familiar (*El Morsli c. Francia*, op. cit.), por poner ejemplos de casos analizados.

El mandato de no discriminación en el ámbito laboral condujo al reconocimiento de la figura de la discriminación indirecta. Es cierto, como hemos visto en el capítulo 3, que su implementación a todos los ámbitos en los que opera la prohibición de discriminar (especialmente el religioso) no estuvo exenta de controversia, pero ciertamente no se han encontrado argumentos convincentes para que, por muchas dificultades que su aplicación pudiera traer consigo, se viese excluida. De cualquier forma, se han reproducido los puntos de vista que abogaban por limitar su reconocimiento al fuero interno, sin ampliarlo al fuero externo, es decir, a las manifestaciones de fe. Desde nuestra forma de ver, esta exclusión vaciaría de contenido, de manera efectiva, la discriminación indirecta en materia religiosa.

Es verdad que la incorporación de esta dimensión externa trae consigo nuevos debates, como el de definir qué se va a considerar como religión y cómo discernir cuándo estamos ante una genuina manifestación de fe. Se trata de debates comprensibles y aún no zanjados que tienen como inevitable punto de partida el indispensable criterio de la subjetividad de las creencias. La sinceridad de las mismas se debe acreditar caso por caso y atendiendo a las circunstancias concurrentes. Por difícil que nos parezca este camino, cualquier tentación en la dirección contraria podría acabar convirtiendo a los tribunales de justicia en árbitros de controversias teológicas que, en algunos casos, llevan siglos sin ser solventadas. Todo ello en menoscabo de su necesaria neutralidad en asuntos religiosos.

La aplicación de la discriminación indirecta en materia de manifestación religiosa puede resultar incómoda en la medida en que pone de manifiesto la existencia de normas o usos sociales establecidos como naturales o neutrales por la mayoría y que, aun impuestos sin ánimo excluyente, denotan preferencias o sesgos que, si bien pueden resultar legítimos y necesarios, dificultarían el acceso de ciertas personas a determinados ámbitos a causa de una característica inherente a ellas como puede ser su filiación religiosa. Resulta evidente que alcanzar esta conclusión nos desplaza de nuestra zona de confort y nos obliga a plantearnos si verdaderamente tenemos conciencia de ser una sociedad vocacionalmente inclusiva. No se nos escapa que éste es un esfuerzo que provoca resistencias.

Sin embargo, la lógica de la discriminación indirecta nos obliga a ir todavía más allá. Si llegamos a la conclusión, a través del test de objetividad, de que la norma o el estándar de comportamiento objeto de discusión afecta (o tiene el potencial de hacerlo) de manera adversa a una persona o colectivo de ellas (por impedir o dificultar el acceso a un bien, a

un servicio o a un puesto de trabajo a consecuencia de una causa protegida), pero se estima igualmente que esa norma o estándar resulta legítima, ¿cuál debería ser el paso siguiente a dar? El caso analizado de la rotación en la asignación de turnos, prevista en los convenios colectivos, en aquellos puestos de trabajo que deben cubrirse todos los días de la semana es un buen ejemplo de ello. Desde la lógica del Derecho antidiscriminatorio, la norma debería declararse nula y ser expulsada del ordenamiento jurídico. Ahora bien, se enfrentan en este caso dos puntos de vista, ambos legítimos. Por un lado, el de la consideración como óptimo y necesario del método de asignación de turnos a la hora de adjudicar algunos horarios que, por conveniencia personal, nadie estaría dispuesto a asumir voluntariamente y, por otro, el de la imposibilidad de acudir al puesto de trabajo en ciertos momentos de la semana por resultar obligatorio el cumplimiento de ciertos ritos religiosos. Este dilema sitúa a la persona creyente en una disyuntiva tal que debería elegir entre mantener su puesto de trabajo renunciando a su práctica religiosa o bien mantenerse firme en ésta para perder su empleo.

Es a partir de esta convicción desde la que surge la necesidad de acomodar. Llamamos la atención sobre dos extremos. El primero es que resulta un enfoque pragmático y ponderado. Hemos visto cómo el dilema planteado podría hacernos caer en la tentación de ofrecer preeminencia a uno de los dos extremos de la ecuación, pero esta solución estaría lejos, a primera vista, de ser una solución proporcionada. El sacrificio absoluto de uno de los dos lados de la balanza, sin entrar en mayores consideraciones, podría resultar arbitrario. En segundo lugar, debe subrayarse que, por lo ya dicho, no se trata de una medida de exención absoluta ni de un privilegio o beneficio unilateral concedido a la parte creyente. Se trataría de una muestra, a pequeña escala, del lógico proceso negociador que debe darse en las sociedades que, entendiéndose como diversas, quieren gestionar esa pluralidad de manera inclusiva y democrática.

De forma que si la ponderación proporcionada de los bienes en juego a partir de la prohibición de discriminar es uno de los pilares del acomodo y el necesario acuerdo entre las partes implicadas es el segundo, surge la necesidad de proteger este marco dialógico con un tercer elemento igualmente importante, por tuitivo. Se trata de configurar el acomodo como una obligación. Es éste también un extremo sumamente controvertido, pero de lo contrario estaríamos dejando un aspecto tan relevante de la convivencia democrática al arbitrio de las relaciones de fuerza. En el ámbito laboral haríamos depender el acomodo de la desigualdad inherente a la posición natural de quien demanda

un empleo y de quien lo ofrece, y en el ámbito del acceso a bienes y servicios públicos quedaríamos en manos del juego entre lo avalado por la mayoría y lo solicitado por las minorías.

2.- El acomodo razonable, instrucciones de uso

La fundamentación aludida en el punto anterior fue la que amparó el nacimiento de la obligación de acomodar en Norteamérica; en el poder legislativo estadounidense y en el poder judicial canadiense. Hemos visto en los capítulos 3 y 4 la diferente evolución que en ambos países ha tenido la configuración definitiva del *acomodo razonable*. Ha sido en Canadá donde con mayor convicción se ha abundado en esta figura, llegando a convertirse no sólo en un instrumento jurídico implementado por los tribunales de justicia, sino que también ha entrado en el debate político y en la práctica cotidiana de la ciudadanía (llegando a emplearse los términos "políticas de acomodo" para referirse al impulso dado por los poderes públicos a estas formas de acuerdo entre diferentes sensibilidades, o bien a "ajustes concertados" cuando son los particulares quienes, de acuerdo a sus circunstancias y su capacidad de empatía recíproca, alcanzan compromisos espontáneos para la convivencia).

Si bien lo dicho hasta el momento ofrece una perspectiva del *acomodo razonable* anclada en la transacción y el entendimiento en lugar de en la exigencia y el privilegio, queda por destacar otro de los elementos constitutivos de esta herramienta, que no es otro que la condición de la *carga excesiva* o *undue hardship*. Es el Tribunal Supremo de Canadá el que ha tenido el mérito de dotarlo de contenido, y lo ha hecho con una vocación garantista, tanto para quien demanda el acomodo como para quien tiene la obligación de ofrecerlo. Se trata, en coherencia con lo dicho hasta el momento, de contextualizar la necesidad planteada en las coordenadas concretas en las que debe ponerse en práctica. Los criterios, ya explicados en el capítulo 3, tienen la virtud de ofrecer pautas de comprensión acerca de cuáles son los límites materiales y funcionales de la obligación de acomodar y, a *sensu contrario*, cuáles no pueden serlo (no tienen el mismo peso las dificultades financieras que podría traer consigo el acomodo en una empresa privada en relación con su tamaño, por ejemplo, que la mera preferencia de unos clientes en relación con el aspecto de un empleado de esa misma compañía). Esta definición no sólo redunda en beneficio de la seguridad jurídica de ambas partes en conflicto, sino que favorece, tal y como nos muestra

la experiencia canadiense, la necesaria negociación entre los implicados con vistas a llegar a un acuerdo práctico.

En el capítulo 4 nos hemos centrado en la jurisprudencia generada por la obligación de acomodar, con un especial detalle en la relativa a la comunidad sij. Se ha podido comprobar cómo los requerimientos de la fe sij, tan alejados en muchos aspectos de la *ratio* tradicional occidental, han provocado controversias tanto en el ámbito laboral (principalmente relacionados con la salud en el puesto de trabajo por la necesidad de vestir turbante) como en lo relativo a la seguridad pública en diversos escenarios (aeropuertos, escuelas… a consecuencia del mandato de portar el *kirpan*) o con los requerimientos de vestimenta corporativa. Es verdad que la estética de los varones sij iniciados en la *Khalsa* resulta extraña para los cánones occidentales y además conlleva cierta reminiscencia militar, por más que el dogma del sijismo no predique la violencia ni alimente actitudes intemperantes. Tampoco la comunidad sij en occidente se ha caracterizado por protagonizar hechos intolerantes. Sin embargo, la barba, el turbante y el cuchillo ceremonial resultan notorios y pueden ser interpretados, por aquellas personas no familiarizadas con este credo, con actitudes extremistas.

El conocimiento (y el reconocimiento) mutuo resulta ser el primer e imprescindible paso para la convivencia democrática. Por este motivo decidimos escoger a la comunidad sij como estudio de caso. Su condición de religión desconocida por gran parte de la población provoca que sus signos de adscripción religiosa resulten no sólo extraños, sino que presenten la característica de no ser comprendidos por quienes los observan desde fuera. En el caso de las sociedades estadounidense y canadiense, a pesar de que la comunidad sij está presente en ellas en cantidades cuantitativamente significativas desde la segunda mitad del siglo XX, lo cierto es que aún despiertan recelo, principalmente por ser percibidas como exóticas y alejadas de la racionalidad occidental. Consecuentemente resulta imperativo, como paso previo, el esfuerzo de superación de prejuicios a fin de ser capaces de analizar el encaje de estas formas de expresión en las dinámicas y el espacio público de las democracias occidentales, a la luz de las posibilidades y limitaciones que ofrece el marco jurídico vigente.

Una tarea que, si atendemos a la jurisprudencia analizada en el propio capítulo 4, incluso en países con un alto nivel de autocomprensión como sociedades diversas en lo religioso, como son Estados Unidos y Canadá, no ha sido fácil. Se ha podido apreciar cómo el

debate en el segundo de estos países, particularmente en Quebec, ha estado presidido en ocasiones por elevadas dosis de ansiedad y desconfianza mutua. Surgen las dudas en torno a cuál es el límite a partir del cual las necesidades de los grupos minoritarios deben dejar de ser atendidas, o acerca de dónde acaba el umbral de la tolerancia entre diferentes si la sociedad de acogida ya ha alcanzado un acuerdo político básico materializado en un texto constitucional y en leyes que cuentan con un alto grado de consenso y que, ahora con la dinámica de los acomodos, parece que pretenden ser puestas en cuestión. Es de destacar la manera directa como se abordó el debate mediante el liderazgo del propio primer ministro quebequés y que dio lugar a una comisión investigadora, liderada por Gerard Bouchard y Charles Taylor, algunas de cuyas conclusiones han sido comentadas a lo largo de este texto y que constituyen una de las referencias en materia de empleo de la figura jurídica del *acomodo razonable* y las llamadas políticas de acomodo.

Las principales conclusiones que hemos obtenido del estudio de la jurisprudencia acerca del *acomodo razonable*, presentada en el capítulo 4, han girado en torno al estricto estándar de justificación aplicado para estimar que una norma o práctica no resulta discriminatoria de manera indirecta. Ello nos hace reparar en dos aspectos que, en el análisis de la jurisprudencia española y del TEDH, se han echado en falta. Por un lado, la consideración de la religión como característica personal protegida contra la discriminación merecedora de un nivel máximo de tutela, semejante al reservado para otros campos como el del sexo, el origen étnico, la discapacidad, la orientación sexual o las convicciones. Más allá de la enumeración puramente teórica, su aplicación es afrontada desde la convicción de que la protección se predica no solamente del fuero interno de los individuos sino también del fuero externo, con las dificultades prácticas que ello trae consigo. En segundo lugar, no se pierde de vista que uno de los elementos a evaluar dentro del test de objetividad que tendría que superar una medida estimada como discriminatoria de manera indirecta es la ponderación de la proporcionalidad de sus efectos. En este sentido, como ha quedado dicho, una norma o estándar de comportamiento puede ser legítimo, pero provocar una desventaja a una persona o grupo de ellas, que podría ser obviada en caso de tomar ciertas medidas disponibles que conciliarían los intereses contrapuestos en juego.

El capítulo 5 nos ha mostrado cómo el Derecho antidiscriminatorio europeo no presenta sustanciales diferencias con el norteamericano en lo que al reconocimiento de la figura de la discriminación indirecta se refiere. La evolución hacia la obligación de acomodar a

partir de estos presupuestos se ha alcanzado, de una manera explícita, en el caso de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. La necesidad de realizar ajustes razonables, tal y como quedó regulada en la directiva comunitaria 2000/78/CE, recuerda al mecanismo del *acomodo razonable* norteamericano, con el límite de la *carga excesiva*. En este sentido, se puede hablar de una importación de este instrumento. Su reconocimiento exclusivo en el campo de la discapacidad, pareciéndonos muy adecuado, nos deja una sensación de insuficiencia ya que no nos parece que existan inconvenientes para hacerlo extensivo a otros ámbitos protegidos contra la discriminación, como la religión.

De cualquier manera, antes del reconocimiento de la obligación de acomodar en el terreno de la discapacidad, la lógica de los acomodos ya estaba presente en el Derecho comunitario, especialmente en lo referente al acceso y permanencia de determinados colectivos en el mercado laboral. Estas prácticas eran configuradas como obligatorias en los textos legales y trajeron consigo una forma de actuar, por parte de los agentes implicados en las relaciones laborales, que generó *de facto* una cultura favorable a los acomodos de estos colectivos. No se puede decir que las prácticas de acomodo, sean éstas obligatorias o espontáneas, resulten ajenas a la tradición comunitaria.

Aunque el reconocimiento de los acomodos en materia de práctica religiosa no se ha generalizado en textos normativos (más allá, por ejemplo, de los acuerdos voluntarios establecidos por las leyes 24, 25 y 26/1992 en el caso español), no se nos escapa que, de manera informal y espontánea, se vienen realizando, por parte de actores privados, ajustes razonables que tienen en cuenta las identidades religiosas de las personas, por ejemplo, en la oferta de menús compatibles con ciertas prácticas religiosas, el reconocimiento de festividades, lugares para el rezo… De cualquier forma, ya se ha argumentado que su carácter voluntario e informal mantiene aún a sus beneficiarios en la incertidumbre y la precariedad, razón por la cual su carácter obligatorio aportaría un elemento de mayor seguridad jurídica.

Su encaje en la tradición jurídica europea, así como el carácter ponderado y negociado del acomodo, mediante la figura de la *carga excesiva* que lo aleja de la mera exención o el privilegio, nos parece una manera óptima de gestionar la diversidad religiosa. Por este motivo nos atrevemos a proponer su importación al ordenamiento comunitario, y por extensión al español ya que, en el caso concreto de la vestimenta de SDAR, ofrece un

marco de actuación predecible al tiempo que ajustado a las circunstancias de cada caso concreto. No obstante, no se nos escapa que esta materia no figura actualmente entre las prioridades ni del legislativo español ni del comunitario. Esto no significa que debamos resignarnos a contemplar la polémica en torno a la exhibición de simbología o la manifestación religiosa en sentido amplio, como un paisaje estático ya que, tanto la legislación europea como la española cuentan con elementos tuitivos que podrían alcanzar formas de actuación similares a las del acomodo.

Hay dos vías que hemos explorado para la importación, implícita, del *acomodo razonable* a nuestro ordenamiento; la que nos lleva a través de la figura de la discriminación indirecta y la que se podría alcanzar a partir de la formulación de la libertad religiosa. La primera es la explorada en el caso canadiense y de la cual podrían extraerse conclusiones a este lado del Atlántico. No sólo porque la figura de la discriminación indirecta ha sido concebida de una manera similar a la norteamericana sino porque igualmente, tanto el TJUE como el TEDH han implementado un test de objetividad que impone un exigente estándar de comprobación en casos que conciernen a la discriminación por razón de sexo u origen étnico. El TC español participa igualmente de esta concepción de la discriminación indirecta. Como ámbito específicamente protegido contra la discriminación, no parece que la religión deba quedarse al margen del mencionado elevado nivel de protección. Pero, además, dentro de ese test de objetividad, la observancia del principio de proporcionalidad resulta ser un elemento constitutivo. Si la norma objeto de análisis puede superar el test de necesidad y ser estimada, entonces, como legitima, sus efectos adversos (materializados o potenciales) seguirían vigentes y podría ser que fuesen evitados poniendo en práctica medidas que respetarían los objetivos propuestos con la norma impugnada al tiempo que sortearían el daño producido. A la vista de este supuesto, el test de proporcionalidad nos conduciría a aceptar esa medida menos gravosa, es decir, el acomodo de las necesidades del grupo adversamente afectado.

El segundo de los caminos explorados es el que marca la regulación garantista de la libertad religiosa en nuestras normas fundamentales. Las solicitudes de acomodo religioso etiquetadas como *casos difíciles* lo son por implicar el choque entre dos derechos fundamentales o bienes jurídicos merecedores de tutela. La resolución de estas controversias llevará a otorgar la primacía a uno de los extremos de la balanza. Pero precisamente por movernos en el terreno de los derechos humanos no deberíamos perder de vista la cautela de no vaciar de contenido el ejercicio activo del derecho cedente o, si

finalmente así debiese ser, que lo fuese en la mínima proporción exigida por el derecho preponderante. Dicho de otra manera, la preeminencia del derecho imperante debería hacerse empleando los medios menos gravosos para con el derecho que va a verse restringido, de tal manera que al final del camino los perjuicios provocados con la limitación del derecho fundamental no deberían superar los beneficios obtenidos para el bien jurídico dominante. Tanto el TC como el TEDH han reconocido en sus pronunciamientos este principio, aunque a la luz de nuestro análisis, en los casos en que la manifestación religiosa a través de SDAR ha estado en juego, hemos echado de menos el empleo de este criterio.

Ambas formas de razonar nos parece que ofrecen un visión garantista y coherente con la protección debida al fuero externo de las creencias religiosas. La primera de las opciones, esto es, la del estricto escrutinio en el test de objetividad de la discriminación indirecta nos parece que alcanza a atisbar más adecuadamente cuál es el lugar que los credos minoritarios deben tener en las sociedades actuales, así como su rol al interactuar con otros credos o con personas que no profesan ninguno. Al mismo tiempo, pone de manifiesto cómo ciertos comportamientos, estándares laborales o normas jurídicas, pueden contener un componente, incluso no deseado, de exclusión y de tratamiento adverso dificultando el acceso de ciertos colectivos a la plena participación en la vida social.

3.- Acomoda, que no es poco.

También se ha tenido la oportunidad de abundar en las críticas que se han opuesto al *acomodo razonable*, tanto entre quienes expresan su preocupación por el menoscabo que esta figura puede provocar en el principio de la generalidad de la ley o al desequilibrio que plantearía en relación con el principio de igualdad, como entre quienes (desde una óptica distinta) dudan de la capacidad transformadora de este instrumento a partir de los análisis críticos planteados por las conocidas como políticas del reconocimiento y de la diferencia. Desde el entramado teórico de este segundo punto de vista se nos llama la atención acerca de lo que Fraser llamó injusticias culturales o simbólicas y que suelen dar lugar a fenómenos como la dominación cultural, el no reconocimiento y la falta de respeto. Pero esta misma autora distingue dos niveles de intensidad entre las políticas del reconocimiento. Por un lado, aquéllas que buscan una *solución afirmativa* de las injusticias, entre las cuales incluye las propias del multiculturalismo y que pretenden

reforzar las identidades de los grupos injustamente desvalorizados. Como consecuencia, se ensalzan las diferencias entre los diferentes grupos y se solidifican, pero al mismo tiempo, surge el llamado *dilema de la diferencia* y el binomio igual/diferente no se pone en cuestión. Por otro lado, desde medidas que denomina como *soluciones transformadoras*, para Fraser sería más conveniente deconstruir esa dicotomía y desestabilizar esas identidades establecidas como representativas de *lo ordinario* y *lo fuera de lo común*. Para evitar, con este pensamiento, caer en la tentación asimilacionista, la línea de meta de este planteamiento debería ser el de un nuevo paradigma identitario de diferencias múltiples, no binarias, dinámicas y en constante reconstrucción[971].

Este punto de vista conecta con los de otros autores críticos con la figura del *acomodo razonable*, con similares presupuestos. Day y Brodsky coinciden en el diagnóstico en torno a la limitada capacidad de acción de este instrumento al apuntar que la profundización en la igualdad debe hacerse con políticas transformadoras y no superficiales[972]. Si las medidas aparentemente neutrales reflejan las necesidades de los grupos dominantes, entonces es esa distribución de poder la que debe ser puesta en cuestión. Para estos autores resulta contradictorio que las medidas juzgadas como discriminatorias puedan ser legitimadas a través de meros ajustes, o consolidadas en el caso de que superen el test de la *carga excesiva*. En estos casos la discriminación quedaría avalada por la ineficiencia económica del acomodo. En consecuencia, actitudes y normas discriminatorias quedarían reforzadas y no cuestionadas. Desde esta misma línea crítica, Beaman añade que el *acomodo razonable* podría tener una cualidad asimilacionista en la medida en que no se pone en duda que siempre habrá una parte de la sociedad que estará en condiciones de otorgar o no el acomodo, mientras que otra parte de la misma será la que deberá colocarse en la posición de pedir las medidas de acomodo[973].

No se ha pretendido ignorar estas cuestiones ni restarles importancia. La tarea que se vislumbra, dando por buenas estas críticas, es de amplio alcance y, posiblemente, de consecución a largo plazo. De cualquier manera, las políticas del reconocimiento, tanto aquéllas calificadas como positivas, así como las transformadoras, precisan de un cambio de mentalidad en la percepción de la otredad, de aquellas personas que, como es el caso

[971] Fraser, Nancy "From redistribution to recognition. Dilemmas of justice in a post-socialist age?", op. cit. pp. 68-93.
[972] Day, Shelag y Brodsky, Gwen; "The duty to accommodate: who will benefit?" *op. cit*., pp. 461-473.
[973] Beaman, Lori G.; "Alternatives to Reasonable Accommodation", *op. cit*. pp. 208-221.

de la comunidad sij, traen un capital de conocimiento (en forma de cultura o de creencias) propias de latitudes geográficas, culturales o intelectuales distantes de las que nos resultan familiares. Para ello hace falta un conocimiento y un reconocimiento de las mismas. Es preciso que como sociedad seamos conscientes de nuestra propia heterogeneidad y que la asumamos como positiva.

Ésta es precisamente otra de las conclusiones que se ponen de manifiesto en el presente estudio. Si bien hemos dedicado muchas líneas de texto a abordar cuestiones técnico-jurídicas, el punto de partida de cualquier viaje que nos adentre en las maneras de gestionar la diversidad comienza por la propia mirada. La manera en que nos percibimos a nosotros mismos y a los demás. Desde un posicionamiento honesto y privado de cualquier atisbo de arrogancia, es preciso asumir la multiplicidad de perspectivas y de sensibilidades que acompañan al ser humano y, aunque que nos encontremos confortables con las instituciones y las normas actuales, debemos concebirlas como transitorias y perfectibles. No se nos escapa que se trata de un esfuerzo considerable, que nos saca de nuestra zona de confort para instalarnos en un espacio incierto, pero también creativo, para que el que son precisas elevadas dosis de generosidad, así como de curiosidad intelectual.

Por más que el *acomodo razonable* ofrezca respuestas específicas y su resolución no alcance el carácter sistémico que muchas actitudes discriminatorias (voluntarias o no) presentan, esto no nos hace concluir que deba ser desechado. En primer lugar, porque las prácticas de acomodo (sean realizadas como consecuencia de su naturaleza obligatoria o sean puestas en práctica de manera espontánea) son indicativas de la imprescindible toma de conciencia de la que hablábamos más arriba. No por casualidad su implementación inicial se produjo en Estados Unidos y Canadá que, a los efectos de la gestión de la diversidad religiosa, son sociedades que tienen históricamente una autopercepción más acentuada que la existente en la mayoría de los países de Europa Occidental. Este factor, que apela a la subjetividad y la disposición de la voluntad, puede ayudar entender por qué despierta recelos y resistencias. Por este mismo motivo estimamos que esta figura debe darse a conocer y su aplicación debe ser promovida por los poderes públicos.

En segundo lugar, se trata de una herramienta de gestión de la diversidad inmediatamente disponible y familiar para la tradición jurídica europea y española, aunque ciertamente no en el particular terreno de la diversidad religiosa. Sin embargo, no se trataría de una

posibilidad remota ni de compleja implantación. La lógica de los acomodos descansa ya tanto en la perspectiva antidiscriminatoria como en el enfoque garantista de la libertad religiosa como derecho fundamental. Por este motivo nos hemos atrevido a proponer su asunción por el poder legislativo. Igualmente se ha explorado la posibilidad de que los jueces y tribunales pudiesen incluir en sus pronunciamientos enfoques que aportarían soluciones similares a la de la lógica de los acomodos. En definitiva, aquí y ahora pensamos que existen recursos disponibles para comenzar con una gestión que no esté basada en el antagonismo, a partir de presupuestos deterministas que conciban ciertos elementos de la manifestación religiosa (cuando no los mismos credos en su totalidad) como incompatibles con las formas de vida tradicionales occidentales. En su lugar apostamos por visiones pragmáticas, basadas en la transacción y el compromiso, un paradigma inclusivo y con menor percepción conflictiva en relación con las necesidades religiosas y particularmente con los SDAR.

En tercer lugar, el acomodo también contribuye a la deliberación pública. El debate traumático en torno a las prácticas de acomodo, tal y como comenzó a percibirse en Quebec, condujo a una solución (muy del gusto de la tradición angloamericana como son las comisiones investigadoras que impulsan audiencias públicas) que iluminó el debate en torno a esta materia. Por más que no terminase con la controversia (algo que se nos antoja imposible) no se puede negar que contribuyó a clarificar los elementos del debate, desdramatizar las consecuencias del diálogo y la interacción religiosa, al tiempo que se constituyó en referencia ética y jurídica tanto dentro como fuera de Canadá.

En definitiva, el *acomodo razonable* es un instrumento creativo que precisa de importantes dosis de esfuerzo para el entendimiento y la deliberación colectiva. En ese tránsito, su capacidad tractora a la hora de ir modificando pautas de comportamiento y favorecer la toma de conciencia no debería ser despreciada. La convivencia entre personas que tienen distintos puntos de vista no suele ser sencilla y, de esta forma, tampoco esta figura está libre de controversias. Eso sí, no deberíamos perder de vista que las discusiones pueden ser fuente de transformación y esa es también otra de las consecuencias de una herramienta que ayuda a encontrar soluciones a partir de la conciliación de perspectivas opuestas. El *acomodo razonable*, junto con otros instrumentos disponibles (como puede ser el Derecho de las minorías, la ciudadanía inclusiva o las clausulas multiculturales, por poner un ejemplo) resulta ser una herramienta para la consecución de una sociedad en la que, ciertamente, la idea de

equidad no debería depender de concesiones puntuales a demandas concretas. La verdadera línea de meta es la de una sociedad que trascienda el binomio igual/diferente en favor de una concepción de la justicia que supere la opresión y la desventaja que sufren ciertos grupos transformando las relaciones de poder existentes en beneficio de identidades transversales, múltiples y dinámicas. Sin embargo, las apelaciones, realizadas por importantes gobernantes europeos, al fracaso del multiculturalismo[974] como paso previo a la defensa de políticas públicas de repliegue identitario nacional nos hacen temer que ésta meta esté aún lejana y que el *acomodo razonable*, en el actual estado del debate, tiene aún una importante misión que cumplir, en nuestros hábitos cotidianos y en nuestra forma de pensar y de pensarnos.

[974] Sirvan como ejemplo los conocidos discursos de la canciller alemana y del primer ministro británico. Reuters; "Merkel: El intento de crear una sociedad multicultural ha fracasado por completo" en *El Mundo*, 17 de octubre de 2010, disponible en http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/17/internacional/1287269452.html ; Tubella, Patricia; "David Cameron da por fracasado el multiculturalismo en el Reino Unido" en *El País*, 5 de febrero de 2011, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2011/02/05/actualidad/1296860429_850215.html
Tampoco han faltado voces recientemente en España que, al abrigo de la conmoción social que provocan los atentados del terrorismo de ideología islamista en ciudades europeas, han aprovechado para arremeter contra las políticas multiculturales. Vallespín, Ivanna; "Albiol, sobre los atentados: Hay un problema de multiculturalismo" en *El país*, 19 de noviembre de 2015, disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/11/19/catalunya/1447937512_301654.html

BIBLIOGRAFÍA

Abrisketa Uriarte, Joana; "Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público - Comentarios de sentencias - Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 5 de noviembre de 2014 (ROJ: ATS 8256/2014)" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, nº 1, 2015, pp. 220-224.

Adelman, Howard; "Monoculturalism versus interculturalism in a multicultural world" en Adelman, H. y Anctil, P. (eds.) *Religion, Culture and the State. Reflections on the Bouchard-Taylor report*, Toronto: UIP Publishing, 2011, pp. 37-57.

Aguilera Rull; Ariadna; *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*. Valencia: Tirant, 2013.

Ahluwalia, Pal; "Inventing home. (Re)Membering the Nation" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 2, diciembre 2006, pp. 103-114.

Aláez Corral, Benito; "Símbolos religiosos y Derechos Fundamentales en la relación escolar" *en Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, nº 67, enero-abril, 2003, pp. 89-125.

Aláez Corral, Benito; "Reflexiones jurídico-Constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa" en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 483-520.

Alidadi, Katayoun; "From front-office to back-office: Religious dress crossing the public-private divide in the workplace" en Ferrari, S. y Pastorelli, S. (eds.) *Religion in public spaces. A European perspective*. Farnham: AshgatePublishing, 2012, pp. 159-189.

AlSayyad, Nezar y Castells, Manuel; "El Islam y la identidad cambiante de Europa" en AlSayyad, N. y Castells, M. (eds.*) ¿Europa musulmana o euro-islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, Madrid: Alianza editorial, 2003, pp. 19-25.

Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario; *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2013.

Alzaga Villaamil, Oscar; *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ediciones del Foro, 1978.

Areces Piñol, Mª Teresa; "¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa? en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 26, 2011, pp. 1-52.

Arendt, Hannah; *La condición Humana*. Barcelona: Paidós, 2001.

Ariens, Michael S. y Destro, Robert A.; *Religious Liberty in a pluralistic society*. Durham: Carolina Academic Press, 2002.

Ast, Frédérique; "Indirect Discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits" en AAVV, *Institutional Accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Council of Europe Publishing: Trends in social cohesion nº 21, 2009, pp. 85-109.

Bader, Veit, Alidadi, Katayoun y Vermeulen, Floris; "Religious diversity and reasonable accommodation in the workplace in six European countries: an introduction" en *International Journal of Discrimination and the Law*, 13 (2-3), pp. 54-82.

Bakht, Natasha; "Facing public opposition to the niqab" en Beaman, L. (ed.) *Reasonable accommodation. Managing religious diversity.* Vancouver: UBC Press, 2012, p.

Balaguer Callejón, Francisco; (coord.) *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.

Barnett, Laura; *Freedom of Religion and religious symbols in the public sphere*, Library of Parliament, Canada, 2008, disponible en http://www.lop.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/2011-60-e.htm

Barrére Unzueta, Mª Ángeles; "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2003, pp. 4-26.

Barrero Ortega, Abraham; *La libertad religiosa en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Barron, Jerome A.; "Sunday in North America" en *Harvard Law Review*, vol. 79, 1965, pp. 42-54.

Beneyto Pérez, José María; "Libertad ideológica y religiosa. Comentarios al artículo 16 de la Constitución española" en Alzaga, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: EDERSA, 1996.

Beaman, Lori G.; "Exploring Reasonable Accommodation" en Beaman, L.G. (ed.) *Reasonable accommodation. Managing religious diversity*. Vancouver: UBC Press, 2012, pp. 1-12.

Beaman, Lori G.; "Alternatives to Reasonable Accommodation" en Beaman, L. (ed.) *Reasonable Accommodation. Managing religious diversity*. Vancouver: UBC Press, 2012, pp. 208-221.

Bernal Pulido, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

Berry, Stephanie; "SAS v. France. Does anything remain of the right to manifest religion?", en *Blog of the European Journal of International Law*, 2 de Julio de 2014, disponible en http://www.ejiltalk.org/sas-v-france-does-anything-remain-of-the-right-to-manifest-religion/

Bhogal, Balbinder; "Monopolizing violence before and after 1984. Governmental law and the people´s passion" en *Sikh Formations*, vol. 7, nº 1, abril 2011, pp. 57-82.

Bleiberg, Benjamin D.; "Unveiling the real issue: Evaluating the European Court of Human Rights' decision to enforce the Turkish headscarf ban in Leyla Şahin v. Turkey" en *Cornell Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 129-169.

Borges, Lola; "Freedon of religión versus freedom of bussiness management in Spain: Spanish case-law analized in the light of reasonable accommodation figure according to Canadian case-law" en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, nº 8 edición especial, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, pp. 55-70.

Borradori, Giovanna; "Fundamentalismo y terror: Diálogo con Jürgen Habermas" en *La Filosofía en una época de terror*. Madrid: Taurus, 2003, pp. 53-77.

Bosset, Pierre; "Reflexions on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religión". Resolución adoptada por la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* de Quebec, el 10 de septiembre de 2004. Resolución COM.497-5.1.2.

Bosset, Pierre y Foblets, Marie-Claire; "Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?" en AAVV, *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society.* Trends in social cohesion, nº 21, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009, pp. 37-65.

Bosset, Pierre; "Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey" en Brems, E. (Ed.) *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 192-217.

Bouchard, Gerard y Taylor, Charles; *Building the future. A time for reconciliation.* Commission du consultation sur les practiques d'accommodement reliées aux diférences culturelles, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, disponible en https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/.../rapport-final-integral-en.pdf

Bouchard, Gerard y Taylor, Charles; *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*. Bilbao: Ikuspegi, 2010.

Bouchard, Gerard; "What is interculturalism?" en *McGill Law Journal*, 56:2, 2011, pp. 435-468.

Brass, Paul R.; "Victims, heroes or martyrs? Partition and the problem of memorialization in contemporary sikh history" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 1, junio 2006, pp. 17-31.

Brems, Eva; "Face veil bans in the European Court of Human Rights: The importance of empirical findings" en *Journal of Law and Policy*, nº 22, 2014, pp. 517-551

Brems, Eva; "SAS v. France: a problematic precedent" en *Strasbourg Observers Blog*, 9 de Julio de 2014, disponible en http://strasbourgobservers.com/2014/07/09/s-a-s-v-france-as-a-problematic-precedent/#more-2495

Brems, Eva; "Ebrahimian v. France: headscarf ban upheld for entire public sector" en *Strasbourg Observers Blog*, 27 de noviembre de 2015, disponible en http://strasbourgobservers.com/2015/11/27/ebrahimian-v-france-headscarf-ban-upheld-for-entire-public-sector/

Bribosia, Emmanuelle, Ringelheim, Julie y Rorive, Isabelle; "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law" en *Maastricht Journal of European and comparative law*, 17/2, 2010, pp. 137-161.

Bribosia, Emmanuelle y Rorive, Isabelle; *Reasonable accommodation beyond disability in Europe?* Luxembourg: Office for official publications of the European Union, 2013.

Brunelle, Christian; *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville : Editions Yvon Blais, 2001.

Brunelle, Christian; "Un corps étranger dans les milieux de travails sindiqués? " en *Effectif*, abril/mayo, 2007, pp. 16-21. Disponible en www.orhri.org/effectif

Burri, Susanne; "Promises of an intersectional approach in practice? The Dutch Equal Treatment Commission's case law" en Schiek, Dagmar y Lawson, Anna (eds.) *European Union non-discrimination law and intersectionality*, Farnham: Ashgate Publishing, 2011, pp. 97-110.

Camós Victoria, Ignacio; "La evolución del tratamiento de la discriminación en materia de empleo en aplicación de las cartas de libertades de las personas en Canadá y Quebec", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 37, 2002, pp. 212-158.

Cañamares Arribas, Santiago; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2005.

Cañamares Arribas, Santiago; "Ley Orgánica de Libertad religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma" en *Ius Canonicum*, vol. 50, 2010, pp. 477-515

Carrillo Salcedo, Juan Antonio; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995

Carro Fernández-Valmayor, José Luis; "Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública" en *Revista vasca de administración pública*, nº 27, 1990, pp. 9-25.

Carvin, Michael; "Disparate impact claims under the new Title VII", *Notre Dame Law Review*, vol. 68, 1993, pp. 1153-1164.

Casanova, José; *Religiones públicas en el mundo moderno*. Madrid: PPC, 2000.

Casanova, José; "La inmigración y el nuevo pluralismo religioso. Una comparación Unión Europea/Estados Unidos" en *Revista CIDOB d'afers Internacionals*, nº 77, 2007, pp. 13-39.

Cascajo, José Luis y García, Manuel; *Constituciones extranjeras contemporáneas*. Madrid: Tecnos, 1994.

Castro Jover, Adoración; "Libertad religiosa y descanso semanal" en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VI, 1990, pp. 299-309.

Castro Jover, Adoración; "La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española" en Martínez-Torrón, J. (ed.) *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Granada: Comares, 1998, pp. 133-186.

Castro Jover, Adoración; "Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3, 2003.

Castro Jover, Adoración; *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*. Madrid : Universidad Complutense, 2005.

Castro Jover, Adoración; "Libertad de conciencia, laicidad y privacidad" en Llamazares Fernández, D. (dir.) *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 201-240.

Castro Jover, Adoración; "Interculturalidad y derecho en el ámbito regional y supranacional europeo" en Castro Jover, A. (dir.) *Interculturalidad y Derecho*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2013, pp. 23-57.

Cobreros Mendazona, Edorta; "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta" en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 81, septiembre-diciembre, 2007, pp. 71-114.

Collins, Hugh; "Discrimination, equality and social inclusion", *The modern Law Review*, vol. 66, January, 2003, pp. 16-43.

Combalía Solís, Zoila; "Los límites del derecho de libertad religiosa" en VVAA, *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona: EUNSA, 1994.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; Comentario General Número 22: *El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18), de 30 de julio de 1993*: Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/rev.1/Add.4

Connolly, Michael; *Discrimination Law*, Londres: Sweet&Maxwell, 2006.

Consejo de Europa; *Opinion of the Commissioner for human rights on national structures for promoting equality*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 21 de marzo de 2011, en https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1761031&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864#P337_60702

Contreras Mazarío, José María; "La libertad de conciencia y convicción en el sistema constitucional español" en *Revista Cidob d'afers internacionals*, num. 77, 2007, pp. 41-63.

Contreras Mazarío, José María; *Marco jurídico del factor religioso en España. Documentos del Observatorio nº1*, Madrid: Observatorio del pluralismo religioso en España; 2011.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse; *Commentaires sur le document gouvernemental : Parce que nos valeurs, on y croit orientations gouvernementales en matière d'encadrement des demandes d'accommodement religieux, d'affirmation des valeurs de la société québécoise ainsi que du caractère laïque des institutions de l'État* , octubre de 2013, disponible en http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/commentaires_orientations_valeurs.pdf

Corrada, Roberto L.; "Toward an integrated disparate treatment and accommodation framework for Title VII religion cases", *University of Cincinatti Law Review*, vol. 77, 2009, pp. 1411-1439.

Cortina, Adela, *La ética de la sociedad civil*. Madrid: Anaya, 1995.

Côté, Pauline; "Québec and reasonable accommodation: uses and misuses of public consultation" en Beaman, Lori G. y Beyer, Peter (eds.) *Religion and diversity in Canada*, Leiden:Brill, 2008, pp. 175-198.

Cuenca Gómez, Patricia; "La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española" en *Revista de estudios jurídicos, nº12/2012 (segunda época).* Universidad de Jaén, pp. 1-24.

Champion, Françoise; "Les rapports Église-État dans les pays européens de tradition protestante et de tradition catholique : essai d'analyse" en *Social Compass*, nº 40, 1993, pp. 589-609.

Champion, Françoise; "Persona religiosa fluctuante, eclecticismo y sincretismos" en Delumeau, J. (dir.) *El hecho religioso. Enciclopedia de las grandes religiones.* Madrid: Alianza Editorial, 1995, pp. 709-739.

Chopra, Radhika; "Commemorating hurt: memorializing operation Bluestar" en *Sikh Formations*, vol. 6, nº 2, diciembre 2010, pp. 119-152.

Damamme, Joseph; "Disability discrimination because of denial of *reasonable accommodations*: a very positive connection between the ECHR and the UNCRPD in Çam v. Turkey" en *Strasbourg Observers Blog*, 1 de abril de 2016, disponible en http://strasbourgobservers.com/2016/04/01/disability-discrimination-because-of-denial-of-reasonable-accommodations-a-very-positive-connection-between-the-echr-and-the-uncrpd-in-cam-v-turkey/

Davie, Grace; *Religion in modern Europe: a memory mutates*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Davies, James y Heys, Tom; "Reinventing indirect discrimination" en *Lewis Silkin, the employment journal*, consultado el 26 de septiembre de 2012, disponible en http://www.lewissilkin.com/Journal/2012/September/Reinventing-indirect-discrimination.aspx#.VehZj_QavBw

Day, Shelag y Brodsky, Gwen; "The duty to accommodate: who will benefit?" en *The Canadian Bar Review*, vol. 75, 1996, pp. 433-473.

De Lucas, Javier; "Otra vez sobre el imperativo de universalidad de los derechos humanos y el pluralismo cultural" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 2002, pp. 1-8.

De Lucas, Javier; "Tres condiciones para un debate en serio sobre la multiculturalidad" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2003, pp. 1-2

De Lucas, Javier; *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

De Lucas, Javier; "El mito de la interculturalidad" en Añón Roig, M.J. y Solanes Corella, A. (eds.) *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, Valencia: Tirant, 2011, pp. 17-41.

De lucas, Javier; "Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político" en *Papers: revista de sociología*, nº 9, 2009, pp. 11-27.

De Lucas, Javier; "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración" en *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el s. XXI*. Vitoria/Gasteiz: EUROBASK, 2012, pp. 13-91.

Dhillon, Kiran Preet; "Covering turbans and beards: Title VII's role in legitimizing religious discrimination against Sikhs", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21, 2011, pp. 213-251.

Díez-Picazo, Luis M.; "Las libertades de conciencia en el ordenamiento español", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 1, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 1889-1907.

Edge, Peter W.; "The European Court of Human Rights and religious rights" *en International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, July 1998, pp. 680-687.

Elósegui Itxaso, María; "El concepto de laicidad abierta en el informe Bouchard-Taylor para Quebec" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 23, 2010, pp. 1-34.

Elosegui Itxaso, María; *El concepto jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público.* Pamplona: Thomsom Reuters Aranzadi, 2012.

Elósegui Itxaso, María; "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, 2014, pp. 69-95.

Emiliou, Nicholas; *The principle of proportionality in European Law. A comparative study*. London: Kluwer Law International, 1996.

Engle, Karen; "The persistence of neutrality: the failure of the religious accommodation provision to redeem Title VII", *Texas Law Review*, vol. 76, 1997, pp. 317-433.

Epstein, Steven; "Gay Politics, ethnic identity: the limits of social constructionism", en *Socialist Review*, 17, mayo-agosto 1987, pp. 117-162.

Escobar Marín, José Alberto; "El derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos" en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX, 2006, pp. 13-100.

Evans, Carolyn; *Freedom of religion under the European Convention of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Evans, Carolyn; "The Islamic scarf in the European Court of Human Rights" en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, 2006, pp. 52-73.

Evans, Malcolm; *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en el espacio público*. Pamplona: Lacoonte, 2010,

Fallers Sullivan, Winnifred; *The impossibility of religious freedom*, Princeton: Princeton University Press, 2005.

Fernández de Casadevante Romaní, Carlos; *La aplicación del Convenio europeo de derechos humanos en España*, Madrid: Tecnos, 1988.

Fernández de Casadevante Romaní, Carlos; "El sistema europeo: el Consejo de Europa" en Fernández de Casadevante, C. (Dir.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Paracuellos del Jarama: Dilex, 4ª ed. 2011, pp. 187-221.

Fernández Rojo, David; "Pertinence of a General Prohibition of the *Burqa* and *Niqab* in Spain: A Human Rights Perspective" en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, nº 12. Bilbao: Universidad de Deusto, 2014, pp. 209-234.

Ferrajoli, Luigi; "Laicidad del derecho y laicidad de la moral" en *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta, 2008, pp. 132-142.

Ferrajoli, Luigi; "Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo" en *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta, 2008, pp. 143-152.

Ferrari, Silvio; "Religion in the European public spaces: a legal overview" en Ferrari, S. y Pastorelli, S. (eds.) *Religion in public spaces*. Farnham: Ashgate, 2012, pp. 139-156.

Ferreiro Galguera, Juan; "Política del gobierno en materia de libertad religiosa e integración del islam" en Combalía, Z., Diago, M.P., González-Varas, A. (coords.) *Derecho islámico e interculturalidad*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 331-404.

Fournier, Pascale y See, Erica; "The naked face of secular exclusion: Bill 94 and the privatization of belief" en Lefebvre, Solange y Beaman, Lori G. (eds.) *Religion in the public sphere. Canadian case studies.* Toronto: UTP Publishing, 2014, pp. 275-292.

Fraile Ortíz, María; "Detrás del velo. Algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo" en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 24, 2005, pp. 203-229.

Fraile Ortíz, María; "El velo islámico y el voto de la juez Tulkens" en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 18, 2006, pp. 261-277.

Fraser, Nancy; "From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a post-socialist age" en *New Left Review*, 1/212, julio-agosto 1995, pp. 68-93

Fredman, Sara; *Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

Galdreault-Desbiens, Jean-François; "Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumiere de la question du port de signes religieux à l'ecole publique : réflexions en forme de points d'interrogation" en Jézéquel, M. (dir.) *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?* Cowansville : Yvon Blais, 2007, pp. 241-286.

Gamper, Daniel; "Ciudadanos creyentes, el encaje democrático de la religión" en Camps, V. (ed.) *Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 115-138.

García de Enterría, Eduardo; "La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo" en *Anuario de Derechos Humanos*, nº1, 1981, pp. 115-128.

Gardner, John; "Discrimination as injustice" en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, pp. 353-367.

Godbout, Jacques T. ; "Qui a peur de la communauté" en *Théologiques*, vol. 6, nº 1, 1998, pp. 29-38.

Gohil, Neha S. y Sidhu, Dawinder S.; "The Sikh turban: post 9/11 challenges to this article of faith" en *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 9.2, spring 2008, pp. 1-60.

González del Valle, José María; *Derecho eclesiástico español*. Madrid: Civitas, 2002.

González-Varas Ibáñez, Alejandro; "Objeción de conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, pp. 1- 23.

Gordon, David; "Why is there no headscarf affair in the United States?" en *Historical Reflexions*, vol. 34, nº 3, 2008, pp. 37-60.

Gorrotxategi Azurmendi, Miren; "El interculturalismo quebequés en la encrucijada. De la crisis de los acomodamientos razonables a la comisión Bouchard-Taylor" en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 150, octubre-diciembre, 2010, pp. 175-223.

Grey, Julius; "The paradoxes of reasonable accommodation" en *Policy Options-Options Politiques*, septiembre 2007, pp. 34-36.

Gunn, Jeremy; "Deconstructing proportionality in limitations analysis" en *Emory International Law Review*, vol. 19, 2005, pp. 465-498.

Habermas, Jürgen; "La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el uso público de la razón de los ciudadanos religiosos y seculares" en *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, 2006, pp. 121-155.

Habermas, Jürgen; "Qué significa una sociedad postsecular? Una discusión sobre el islam en Europa" en *¡Ay, Europa! Pequeños escritos políticos*, Madrid: Trotta, 2009, pp. 64-80.

Habermas, Jürgen; "Tres modelos normativos de democracia" en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 2010, pp. 231-246

Habermas, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa, Tomo 2*, Madrid: Trotta, 2010.

Habermas, Jürgen; "Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política" en Mendieta, E. y Vanantwerpen, J. (eds.) *El poder de la religión en la esfera pública*. Madrid: Trotta, 2011, pp. 23-38.

Hall, Stuart; "Who needs identity?" en Hall, S. y Du Gay, P. (eds.) *Questions of cultural identity*, Londres: Sage Publications, 1997, pp. 1-17.

Hatfield, Robert; "Duty to accommodate" en *Just Labour*, vol. 5, winter, 2005, pp. 23-33.

Hatzis, Nicholas; "Personal religious beliefs in the workplace: how not to define Indirect Discrimination" en *The Modern Law Review*, vol. 74, nº2, pp. 287-305.

Henrard, Kristin; "A critical appraisal of the margin of appreciation left to States pertaining to Church-State relations under the jurisprudence of the European Court of Human Rights" en Alidadi, K. et al. (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*. Farnham: Ashgate Publishing, 2012, pp. 59-86.

Henrard, Kristin; "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality" en *Erasmus Law Review*, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 59-77.

Hervada, Javier y Zumaquero, José Manuel; *Textos internacionales de Derechos Humanos*. Pamplona: EUNSA. 1978, p. 34.

Hervieu-Léger, Danièle; *La religión, hilo de memoria*. Barcelona: Herder, 2005.

Hill, Mark y Sandberg, Rusell; "Is nothing sacred? Clashing symbols in a secular world" en *Public Law*, 2007, pp. 488-506.

Hirvi, Laura; "The sikh gurdwara in Finland: negotiating, maintaining and transmitting immigrants' identities" en *South Asian Diaspora*, vol. 2, nº 2, septiembre 2010, pp. 219-232

Honneth, Axel; *La sociedad del desprecio*, Madrid: Trotta, 2011.

Howard, Erica; *Law and the wearing of religious symbols. European ban on the wearing of religious symbols in education*. Londres: Routledge, 2012.

Howard, Erica; "Reasonable accommodation of religion and other discrimination grounds in UE law" en *European Law Review* nº 38, junio 2013, pp. 360-375.

Howard, Erica; "Protecting freedom to manifest one's religion or belief: Strasbourg or Luxembourg" en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32/2, 2014, pp. 159-182.

Howard, Erica; "SAS v. France: Living together or increased social division?" en *Blog of the European Journal of International Law*, 7 de Julio de 2014, disponible en http://www.ejiltalk.org/s-a-s-v-france-living-together-or-increased-social-division/

Howard, Erica; "Headscarves and the Court of Justice of the European Union: Two Opposing Opinions" en *Blog of the European Journal of International Law*, 1 de Agosto de 2016, disponible en http://www.ejiltalk.org/headscarves-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-two-opposing-opinions/

Jackson Preece, Jennifer; "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?" en AAVV, *Institutional Accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Council of Europe Publishing: Trends in social cohesion nº 21, 2009, pp. 111-126.

Jellinek, Georg; *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Granada: Comares, 2009.

Jézéquel, Myriam; "The reasonable accommodation requirement: potential and limits" en AAVV, *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society.* Trends in social cohesion, nº 21, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009, pp. 21-35.

Jiménez Asensio, Rafael; *Apuntes para una historia del constitucionalismo español*. Zarautz: Itxaropena, 1992.

Jodhka, Surinder S.; "Sikhs in contemporary times: religious identities and discourses of development" en *Sikh Formations*, vol. 5, nº 1, junio 2009, pp. 1-22

Jolls, Christine; "Antidiscrimination and Accommodation", *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, pp. 643-699.

Juergensmeyer, Mark; "From Bhindranwale to Bin Laden: the rise of religious violence", presentation at Arizona State University/National Bureau of Asian Research Conference, *Religion and Conflict in Asia: Disrupting Violence*, October 14-15, 2004, disponible en http://escholarship.org/uc/item/7322q2p5

Kamal, Jilan; "Justified interference with religious freedom: The European Court of Human Rights and the need for mediating doctrine under article 9(2)" en *Columbia Journal of Transnational Law*, nº 46, 2008, pp. 667-708.

Kamala Elisabeth N.; "Misunderstood in the diaspora: the experience of orthodox sikhs in Vancouver" en *Sikh Formations*, vol. 4, nº 1, pp. 17-32.

Kaur, Harpreet; "Reconstructing the sikh diaspora" en *International Migration*, vol. 50, nº 1, 2012, pp. 129-142

Keith Axel, Brian; "Digital figurings of the unimaginable: visual media, death and formations of the sikh diaspora" en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 34, nº 7, septiembre 2008, pp. 1145-1159

Khan, Yasmin; *The great partition. The making of India and Pakistan*. New Haven: Yale University Press, 2008.

Kristeva, Julia; *Poderes de la perversión*, Madrid: Siglo XXI, 2006.

Kymlicka, Will; *Ciudadanía multicultural*, Barcelona: Paidós, 1996.

Kymlicka, Will; *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona: Paidós, 2009.

Labaca Zabala, María Lourdes; "El velo islámico en los centros educativos públicos de Francia: a propósito de la STEDH (caso Kervanci contra Francia) de 4 de diciembre de 2008" en *Ámbito jurídico*, vol. 14, 2009, pp. 1-31.

Labaca Zabala, María Lourdes; "Los agentes-empleados públicos de Francia y las vestimentas religiosas en el desempeño de su trabajo: ¿comportamiento contrario a los principios de laicidad y neutralidad de la sociedad francesa?" en *Cartapacio de Derecho, publicación online*, 2009, p. 1-41.

Lal, Vinay; "Sikh kirpans in California schools: the social construction of symbols, legal pluralism and the politics of diversity" en *Amerasia Journal*, 22:1, 1996, pp. 57-89.

Langlaude, Sylvie; "Indoctrination, secularism, religious liberty and the ECHR" en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, nº 4, Octubre 2006, pp. 929-944.

Lasagabaster Herrarte, Iñaki (dir.); *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi.* Pamplona: Lete, 2004.

Latimer, Jon; "The second sikh war. Britain's costly conquest" en *Military History*, diciembre 2006, pp. 38-45.

Lefebvre, Solange; "Between Law and public opinion: the case of Quebec" en Beaman, L.G. y Beyer, P. (eds.) *Religion and Diversity in Canada*, Leiden: Brill, 2008, pp. 175-198.

Lefebvre, Solange; "Religion in court, between an objective and a subjective definition" en Beaman, L.G. (ed.) *Reasonable accommodation. Managing religious diversity.* Vancouver: UBC Press, 2012, pp. 32-50.

Lefebvre, Solange; "Beyond religious accommodation in the workplace. A philosophy of diversity" en Lefebvre, Solange y Beaman, Lori G. (eds.) *Religion in the public sphere. Canadian case studies.* Toronto: Toronto University Press, 2014, pp. 173-200.

Lewis, Tom; "What not to wear: Religious rights, the European Court and the margin of appreciation" en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, April 2007, pp. 395-414.

Loenen, Titia; "Accommodation of religion and sex equality in the workplace under the EU equality directives: a double bind for the European Court of Justice" en Alidadi, Katayoun et al. (eds) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*, Farnham: Ashgate Publishing, 2012, pp. 103-120.

Lombardía, Pedro; "Síntesis histórica" en AAVV, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona: EUNSA, 1980, pp. 39-150.

Lombardía, Pedro y Fornés, Juan; "Las fuentes del derecho eclesiástico español", en AAVV, *Derecho eclesiástico de Estado español*, Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 321-376.

López Camps, Jordi; "La necesaria laicidad", *Revista CIDOB d'affers internacionals*, num. 77, 2007, pp. 175-196.

López Castillo, Antonio; "La Libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional", en *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002.

Lum, Kathryn; "The Ravidassia community and identity (ies) in Catalonia, Spain" en *Sikh Formations*, vol. 6, nº 1, June 2010, pp. 31-49.

Llamazares Fernández, Dionisio; "Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas" en Llamazares, D. (Dir.) *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 7-32.

Maalouf, Amin; *Identidades Asesinas*, Madrid: Alianza Editorial, 2010.

MacLachlin, Beverley; "The evolution of equality", *The advocate*, vol. 54, part 4, July, 1996, pp. 559-566.

Maclure, Jocelyn y Taylor, Charles; *Laicidad y Libertad de Conciencia*. Madrid: Alianza Editorial. 2010.

Mancini, Susanna; "The power of symbols and symbols as a power: secularism and religion as guarantors of cultural convergence" en *Cardozo Law Review*, vol. 30:6, 2009, pp. 2629-2668.

Mancini, Susanna; "Patriarchy as the exclusive domain of the other: the veil controversy, false projection and cultural racism" en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 411-428

Mantecón Sancho, Joaquín; "La Libertad religiosa como Derecho Humano" en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 85-140.

Martín Sánchez, Isidoro; "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 35, 2014, pp. 1-32.

Martínez de Bringas, Asier; *Globalización y derechos humanos*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 15, Bilbao: Universidad de Deusto, 2001

Martínez de Bringas, Asier; "Derechos humanos y diversidad(es) cultural(es). Los retos de la interculturalidad" en *Derechos y Libertades*, nº 26, 2012, pp. 109-144.

Martínez-Torrón, Javier; "Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos" en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 2, mayo 2003, pp. 1-46.

Martínez-Torrón, Javier; "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estarsburgo" en *Derecho y Religión*, nº4, 2009, pp. 87-109.

McGoldrick, Dominic; "Religion in the European public square and in the European public life – crucifixes in the classroom?" en *Human Rights Law Review*, 11:3, 2011, pp. 451-502.

McLeod, William H.; *Exploring Sikhism*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

McLeod, William H.; "The five Ks of the Khalsa sikhs" en *Journal of the American Oriental Society*, 128.2, 2008, pp. 325-331.

Meléndez Valdés Navas, Marina; "Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos" en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 24, 2010, pp. 1-31

Mélich, Joan Carles; "Del símbolo" en Larrosa, J. y Skliar, C. (coords.) *Entre pedagogía y literatura*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005, p. 66.

Minow, Martha; *Making all the difference. Inclusion, exclusion and the American law*, Ithaca: Cornell University Press, 1994.

Morán García, Gloria M.; *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Servicio de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1ª ed., 1989.

Moreno García, Antonio; "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, nº 38, mayo-agosto 1993, pp. 263-295.

Morondo Taramundi, Dolores; "El principio antidiscriminatorio en el ámbito de la libertad religiosa (Un comentario al margen de Lautsi c. Italia)", julio 2013, disponible en SSRN http://ssrn.com/abstract=2288902

Morondo Taramundi, Dolores; "Abusos y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 28, diciembre 2013, pp. 170-189.

Morondo Taramundi, Dolores; "El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, 2014, pp. 291-307.

Morris, Andrew J.; "On the normative foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the competing models of Discrimination Law as Aristotelian forms of Justice" en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, summer, 1995, pp. 199-228.

Naranjo de la Cruz, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: BOE - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Naranjo de la Cruz, Rafael; "La prohibición del uso del hiyab en los centros escolares públicos. Análisis desde el Derecho Cosntitucional español" en *Teoría y Derecho*, nº 9, 2011, pp. 282-300.

Naranjo de la Cruz, Rafael; "Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)" en *UNED. Revista de Derecho Político*, nº 86, enero-abril 2013, pp. 81-128.

Nathwani, Niraj; "Islamic headscarves and Human Rights: a critical analysis of the relevent case law of the European Court of Human Rights" en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 25/2, 2007, pp. 221-254.

Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier; *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel, 2011.

Nayar, Kamala Elisabeth; "The intersection of religious identity and visible minority status. The case of sikh youth in British Columbia" en Lefebvre, Solange y Beaman, Lori G. (eds.) *Religion in the public sphere. Canadian case studies*, Toronto: University of Toronto Press, 2014, pp. 218-236.

Nolte, Georg; "General principles of German and European administrative law – A comparison in historical perspective" en *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994, pp. 191-212.

Ollero Tassara, Andrés; *España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005.

Ollero Tassara, Andrés; "Racionalidad, derecho y símbolos religiosos" en *Persona y Derecho*, nº 64, 2011, pp. 43-57.

Oraá, Jaime y Gómez Isa, Felipe; *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2008, pp. 120-142.

Ouald Chaib, Saïla; "Religious accommodation in the workplace: improving the legal reasoning of the European Court of Human Rights" en Alidadi, K. et al (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*, Farnham: Ashgate Publishing, 2012, pp. 33-58.

Ouald Chaib, Saïla; "Gatis Kovalkovs v. Latvia: The Strasbourg Court keeps the door to reasonable accommodation open" en *Strasbourg Observers Blog*, 15 de marzo de 2012, disponible en http://strasbourgobservers.com/2012/03/15/gatis-kovalkovs-v-latvia-the-strasbroug-court-keeps-the-door-to-reasonable-accommodation-open/

Ouald Chaib, Saïla; "Suku Phull v. France rewritten from a procedural justice perspective: taking religious minorities seriously" en Brems, E. (ed.) *Diversity and European human rights. Rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 218-240.

Ouald Chaib, Saïla; "In the Footsteps of Jakóbski v. Poland but Adding Obstacles to the Road: Vartic v. Romania" en *Strasbourg Observers Blog*, 6 de febrero de 2014, disponible en http://strasbourgobservers.com/2014/02/06/in-the-footsteps-of-jakobski-v-poland-but-adding-obstacles-to-the-road-vartic-v-romania/

Pániker, Agustín; *Los sikhs. Historia, identidad y religión*. Barcelona: Kairós, 2007.

Peces Barba, Gregorio; *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia: Ed. Torres, 1984.

Pérez-Madrid, Francisca; "Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, pp. 1-19.

Peroni, Lourdes; "Very weighty reasons for religión: Vojnity v. Hungary" en *Strasbourg Observers Blog*, de 27 de febrero de 2013, disponible en http://strasbourgobservers.com/2013/02/27/very-weighty-reasons-for-religion-vojnity-v-hungary/

Peroni, Lourdes y Ouald Chaib, Saïla; "SAS v. France: missed opportunity to do full justice to women wearing a face veil" en *Strasbourg Observers Blog*, 3 de julio de 2014, disponible en http://strasbourgobservers.com/2014/07/03/s-a-s-v-france-missed-opportunity-to-do-full-justice-to-women-wearing-a-face-veil/

Polo Sabau, José Ramón; "En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española", en *Revista de estudios políticos*, nº 129, julio-septiembre, 2005, pp. 137-172

Polo Sabau, José Ramón; "La concepción dogmática del artículo 16.3 de la Constitución. Reflexiones sobre la pervivencia del formalismo en la hermenéutica constitucional" en *Foro, Nueva Época*, nº 1, 2005, pp. 203-233.

Ponce Martínez, Carlos F.; "La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos" en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 19-20, 2001-2002, pp. 253-279.

Post, Russell S.; "The serpentine Wall and the serpent's tongue: rethinking the religious harrasment debate", *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pp.

Poulat, Émile; *Nuestra laicidad pública*. México: Fondo de cultura económica, 2012.

Poulter, Sebastian; "The rights of ethnic, religious and linguistic minorities" en *European Human Rights Law Review*, nº 3, 1997, pp. 254-264.

Poulter, Sebastian; *Ethnicity, Law and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Prieto Álvarez, Tomás; *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos.* Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2010.

Puyol González, Ángel; "Los deberes del ciudadano con la humanidad" en Camps, V. (ed.) D*emocracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales.* Madrid: Trotta, 2010, pp. 55-89.

Rai, Jasdev; "Khalistan is dead! Long live Khalistan!" en *Sikh Formations*, vol. 7, nº 1, abril 2011, pp. 1-41.

Rawls, John; "La idea de una razón pública" en *Isegoría*, nº 9, 1994, pp. 5-40.

Rawls, John; *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 2004.

Relaño Pastor, Eugenia; "El pluralismo religioso: el modelo canadiense", *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico,* nº 1 enero, 2003, pp. 1-73.

Relaño Pastor, Eugenia y Garay, Alain; "Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* nº 12, 2006, pp. 1-32.

Relaño Pastor, Eugenia; "Derechos (humanos) individuales y pluralismo religioso: Conflictos y propuestas" en Ruiz, E.J. y Urrutia, G. (eds.) *Derechos humanos y diversidad religiosa.* Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, pp. 211-246.

Relaño Pastor, Eugenia; "La polémica del crucifijo en las aulas, Lautsi contra Italia: ¿un conflicto entre cristófobos y creyentes? en Revenga Sánchez, M. et al. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 233-267

Relaño Pastor, Eugenia; "Las dos caras del Dr. Jeckyll: las prohibiciones del velo integral a debate" en *Debates Jurídicos*, nº 5, abril 2015, pp. 1-33.

Rey Martínez, Fernando; "La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo" en *Boletim da facultade de direito,* vol. 79, 2003, Coimbra, pp. 225-291.

Rey Martínez, Fernando; "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo" en *Revista española de derecho constitucional*, nº 84, septiembre-diciembre, 2008, pp. 251-283.

Rey Martínez, Fernando; "El problema constitucional del hijab" en Revenga, M., Ruiz_Rico, G. y Ruiz, J.J. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Marid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 65-75.

Rhode, Deborah L.; *The beauty bias. The injustice of appearance in life and law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Ringelheim, Julie; "Religion, diversity and the workplace: What role for the law?", en K. Alidadi, M.C. Foblets y J. Vrielink (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*. Ashgate, 1ª ed., Farnham, pp. 335-357.

Rivero, Jean; *Les Libertés Publiques. Vol. 2 Le régime des principales libertés.* Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

Robinson, Catherine A.; "Ral Karega Khalsa (The Khalsa shall reign): The legacy of Tat Khalsa in portrayals of the Khalsa, the impact of sikh studies and implications for Sikhism in education" en *Religions of South Asia*, 1.1, 2007, pp. 65-80.

Rodríguez, Ángel; *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid: Civitas, 2001

Rodríguez García, José Ángel; "¿La libertad religiosa es un derecho de prestación? La respuesta del derecho español" en *Revista de derecho público*, nº 26, Universidad de los Andes, enero-junio, 2011, pp. 1-25.

Rorive, Isabelle; "Religious symbols in the public space: in search of a European answer" en *Cardozo Law Review*, vol. 30:6, 2009, pp. 2669-2698.

Rousseau, Jean-Jaques; *El contrato social o principios de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1992.

Rovira i Llopart, Francesc; "Espacio público y pluralidad de creencias" en *Revista CIDOB d'afers Internacionals*, nº 77, pp.137-148.

Rubio Fernández, Eva María; "Jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Público. 3.10. Libertad religiosa. Velo Integral" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2, 2013, pp. 268-272.

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; "Identidad cultural y derechos constitucionales de la personalidad. El problema de la integración jurídica de la multiculturalidad" en Ruiz-Rico, G., Moreno-Torres, M.L. y Pérez Sola, N. (coords.) *Principios y derechos constitucionales de la personalidad. Su proyección en la legislación civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 385-406.

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; "Símbolos religiosos en el espacio público escolar. Examen de la sentencia Lautsi contra Italia" en Revenga, M., Ruiz-Rico, G. y Ruiz, J.J. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 167-189

Ruiz Ruiz, Juan José; "La prohibición del velo islámico en centros públicos de enseñanza y el orden público constitucional español y europeo" en Revenga Sánchez, M., Ruiz-Rico, G. y Ruiz Ruiz, J.J. (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 77-119.

Ruiz Vieytez, Eduardo J.; "Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades", *Revista española de Derecho constitucional*, num. 80, vol. 2, mayo-agosto, 2007, pp. 169-197.

Ruiz Vieytez, Eduardo J.; "Diversidad, inmigración y minorías en un marco de derechos humanos" en Ruiz Vieytez, E.J. (dir.) *Derechos Humanos y diversidad. Nuevos desafíos para las sociedades plurales.* Universidad de Deusto: Derechos Humanos, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2008, pp. 25-42.

Ruiz Vieytez, Eduardo J.; "Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho,* nº 18, 2009, pp. 1-22.

Ruiz-Vieytez, Eduardo J.; "La diversidad religiosa en el País Vasco: carencias y propuestas sobre su tratamiento jurídico e institucional" en Ruiz-Vieytez, E.J. (dir.) *La diversidad religiosa en el País Vasco. Nuevos retos sociales y culturales para las políticas públicas.* Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, pp. 103-141.

Ruiz Vieytez, Eduardo J.; "Reasonable accommodation: going beyond the European Convention on human rights to reflect the plurality in national institutional settings" en AAVV, *Institutional Accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Council of Europe Publishing: Trends in social cohesion nº 21, 2009, pp. 127-142

Ruiz Vieytez, Eduardo J.; "Democracia directa y religión: problemas derivados de la decisión suiza de prohibir los minaretes" en *Revista de Derecho Político,* nº 87, 2013, pp. 253-288.

Ruiz Vieytez, Eduardo J. y Morondo Taramundi, Dolores; "El tratamiento jurídico y político de la diversidad religiosa en Quebec y Canadá" en *Migraciones*, nº 33, 2013, pp. 67-95.

Saiz Arnaiz, Alejandro; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Scalia, Antonin; "The Rule of Law as a Law of Rules" en *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, pp. 1175-1188.

Schiek, Dagmar; "Indirect discrimination" en Schiek, D., Waddington, L. y Bell, M. *Non-Discrimination Law. Cases, material and text on National, Supranational and International*, Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 323-475.

Seglers Gómez-Quintero, Alex; "La acomodación de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral" en *Ius Canonicum*, XLIV, nº 88, 2004, pp. 649-677.

Shani, Giorgio; "The memorialization of Ghallughara: trauma, nation and diaspora" en *Sikh Formations*, vol. 6, nº 2, diciembre 2010, pp. 177-192

Silbiger, Sara L.; "Heaven can wait: judicial interpretation of Title VII's religious accommodation requirement since Trans World Airlines v. Hardison", *Fordham Law Review*, vol. 53, nº 4, 1985, pp. 839-861.

Singh, Gurharpal; "Gurdwaras and community-building among British sikhs" en *Contemporary South Asia*, 15 (2), June 2006, pp. 147-164.

Singh, Jasmine K.; "Everything I'm not made me everything I am: the racialization of Sikhs in the United States" en *UCLA Asian Pacific American Law Journal*, vol. 14, 2009, pp. 54-85.

Singh, Pashaura; "Understanding the martyrdom of Guru Arjan" en *Journal of Punjab Studies*, 12 (1), 2005, pp. 29-62.

Singh, Rajdeep; "Sikh Americans, popular constitutionalism and religious liberty" en Hertzke, A.D. (ed.) *Religious freedom in America. Constitutional roots and contemporary challenges*. Norman: University of Oklahoma Press, 2015, pp. 192-223.

Solanes Corella, Ángeles; "Prácticas culturales, símbolos religiosos y espacio público: entre la prohibición, la anuencia y la no intervención legal" en Añón Roig, M.J. y Solanes Corella, A. (eds.) *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 145-184.

Sonne, James A.; "The perils of universal accommodation: the workplace religious freedom act of 2003 and the affirmative action of 147.096.000 souls", *Notre Dame Law Review*, nº 79, 2004, pp. 1023-1080.

Souto Paz, José Antonio; "La laicidad en la Constitución de 1978" en Llamazares, D. (ed.) *Estado y religión. Proceso de secularización y laicidad. Homenaje a don Fernando de los Ríos.* Madrid: Universidad Carlos III, 2001, pp. 215-228.

Souto Paz, José Antonio; "Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional" en *Revista de derecho político*, nº 58-59, 2003-2004, pp. 175-191.

Souto Paz, José Antonio; *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el derecho comparado*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

Stavros, Stephanos; "Freedom of religión and claims for exception from generally applicable, neutral laws: lessons from across the pond?" en *European Human Rights Law Review*, nº 6, 1997, pp. 607-627.

Steinberg, David E.; "Religious exemptions as affirmative action", en *Emory Law Journal*, vol. 40, 1991, pp. 77-139.

Stoker, Valerie; "Zero tolerance? Sikh swords, school safety and secularism in Québec" en *Journal of the American Academy of religion*, vol. 75, nº 4, dicembre 2007, pp. 814-839.

Suárez Pertierra, Gustavo; "La Laicidad en la Constitución española" en Martínez-Torrón, J. (ed.) *Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea*. Granada: Comares, 2006, pp. 11-29.

Talbot, Ian; "Partition. Memory and trauma: voices of pujabi refugee migrants in Lahore and Amritsar" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 1, junio de 2006, pp. 3-16.

Tatla, Darshan S.; "The morning after: memory and the sikh predicament since 1984" en *Sikh Formations*, vol. 2, nº 1, junio 2006, pp. 57-88.

Taylor, Charles; *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México: Fondo de cultura económica, 2009.

Taylor, Charles y Maclure, Jocelyn; *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid: Alianza Editorial, 2011.

Taylor, Charles; "Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo" en Mendieta, E. y Vanantwerpen, J. (eds.) *El poder de la religión en la esfera pública*. Madrid: Trotta, 2011, pp. 39-60.

Taylor, Paul; *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Turnbull, Patrick; "Ferozeshah and the sikh war, December 1845" en *History Today*, vol. 27, issue 1, enero 1977, pp. 31-40

Vidal Prado, Carlos; "La recepción de la declaración universal de los derechos humanos por parte de los tribunales constitucionales y europeos: especial referencia al caso español" en *Revue europeenne du droit social*, 1/2012, nº 14, pp. 59-74.

Vickers, Lucy; *Religion and belief discrimination in employment-the EU law*. Luxemburgo: Office for official publications of the European Communities, 2006.

Vickers, Lucy; "Indirect discrimination and individual belief: Eweida v British Airways plc" en *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 11, nº 2, 2009, pp. 197-203.

Vickers, Lucy; "Conform or be confined: SAS v. France" en *Oxford Human Rights Hub*, 8 de julio de 2014, disponible en http://ohrh.law.ox.ac.uk/conform-or-be-confined-s-a-s-v-france/

Viladrich Bataller, Pedro Juan; "Los principios informadores del derecho eclesiástico español" en AAVV, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona: EUNSA, 1980, pp.289-294.

Viladrich Bataller, Pedro Juan; "Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978" en *Revista de Derecho Público*, nº 90, enero-marzo, 1983, pp. 65-121.

Vuicic, George; "Religious accommodation in the workplace. A management perspective", *2012-2013 Labour Arbitration Yearbook. Second Series*, Lancaster House, 1ª ed., Toronto, 2013, pp. 141-161.

Waddington, Lisa y Hendriks, Aart, "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination" en *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18/3, winter 2002, pp. 403-427.

Waddington, Lisa; "Reasonable Accommodation" en Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa y Bell, Mark (eds.) *Non-Discrimination Law. Cases, material and text on National, Supranational and International*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 629-756.

Walzer, Michael; "El liberalismo y el arte de la separación" en *Guerra, política y moral*. Barcelona: Paidós, 2001, pp. 93-114.

Wasserstrom, Richard A.; "Racism, sexism and preferential treatment: an approach to the topics", *UCLA Law Review*, vol. 24, 1977 pp. 581-594.

Woehrling, José; "L'obligation d'accommodement raisonnable et I 'adaptation de la société a la diversité religieuse", en *Revue de droit de McGill*, nº 43, 1998, pp. 325-401.

Young, Iris Marion; *La justicia y la política de la diferencia*; Madrid: Cátedra/Universidad de Valencia, 2000.

Zablotsky, Peter; "After the fall: the employer's duty to accommodate employee religious practices under Title VII after Ansonia Board of Education v. Philbrook", en *University of Pittsburg Law Review*, vol. 50, 1989, pp. 513-574.

SENTENCIAS Y DECISIONES CITADAS

NACIONES UNIDAS

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

Decisión del CDHNU, caso *Riley et al. c. Canada*, Com. No. 1048/2002. U.N. Doc. CCPR/C/74/D/1048/2002 (2002).

Decisión del CDHNU, *caso Raihon Hudoyberganova c. Uzbekistán*, de 8 de diciembre de 2004, comunicación nº 931/2000, CCPR/C/82/D/931/2000.

Decisión del CDHNU, caso *Ranjit Singh c. Francia*, de 27 de septiembre de 2011, com. nº 1876/2000, CCPR/C/102/D/1876/2009.

Decisión del CDHNU, *caso Bikramjit Singh c. Francia*, de 4 de diciembre de 2012, comunicación nº 1852/2008 CCPR/C/106/D/1852/2008.

Decisión del CDHNU, caso *Shingara Mann Singh c. Francia*, de 19 de julio de 2013, com. nº 1928/2010, CCPR/C/108/D/1928/2010.

CONSEJO DE EUROPA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Auto de inadmisibilidad, *X c. Austria*, de 15 de febrero de 1965, ap. nº 1753/63.

STEDH, caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, ap. nº 5493/72.

Auto de inadmisibilidad, *X c. Reino Unido*, de 12 de julio de 1978, ap. nº 7992/77.

CmEDH, caso *Arrowsmith c. Reino Unido*, de 12 de octubre de 1978, ap. nº 7050/75.

STEDH, caso *Winterwerp c. Holanda*, de 24 de octubre de 1979, ap. nº 6301/73.

Auto de inadmisibilidad, *X c. Reino Unido*, de 12 de marzo de 1981, ap. nº 8169/78.

STEDH, caso *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, ap. nº 7525/76.

STEDH, caso *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, ap. nº 10581/83.

STEDH, caso *Sunday Times c. Reino Unido (nº 2)*, de 26 de noviembre de 1991, ap. nº 13166/87.

Auto de inadmisibilidad, caso *S.H. y H.V. c. Austria*, de 13 de enero de 1993, ap. nº 18960/91.

Auto de inadmisibilidad, *Karaduman c. Turquía*, de 3 de mayo de 1993, ap. nº 16278/90

Auto de inadmisibilidad, *Bulut c. Turquía*, de 3 de mayo de 1993, ap. nº. 18783/91

STEDH, caso *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, ap. nº 14307/88

Auto de inadmisibilidad, *ISKCON c. Reino Unido*, de 8 de marzo de 1994, ap.nº 20490/92.

STEDH, *Vogt c. Alemania*, de 26 de septiembre de 1995, ap. nº 17851/91.

STEDH, *caso Manoussakis c. Grecia*, de 26 de septiembre de 1996, ap. nº 18748/91

Auto de inadmisibilidad, *Konttinen c. Finlandia*, de 3 de diciembre de 1996, ap. nº 24949/94

STEDH, caso *Valsamis c. Grecia*, de 18 de diciembre de 1996, ap. nº 21787/93.

Auto de inadmisibilidad, *Stedman c. Reino Unido*, de 9 de abril de 1997, ap. nº 29107/95.

STEDH, caso *Kalaç c. Turquía*, de 1 de julio de 1997, ap. nº 20704/92,

STEDH, caso *Serif c. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999, ap. nº 38178/97.

STEDH, caso *Thlimmenos c. Grecia*, de 6 de abril de 2000, ap. nº 34369/97.

Auto de inadmisibilidad, *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*, de 25 de mayo de 2000, ap. nº 51188/99;

STEDH, caso *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, de 26 de octubre de 2000, ap. nº 30985/96.

Auto de inadmisibilidad, *Dahlab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001, ap. nº 42393/98.

Auto de inadmisibilidad, *Pichon y Sajous c. Francia*, de 2 de octubre de 2001, ap. nº 49853/99.

STEDH, caso *Metropolitan Church of Bessarabia y otros c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001, ap. nº 45701/99

STEDH, caso *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, ap. nº 2346/02.

STEDH caso *Refah Partisi y otros c. Turquía*, de 13 de febrero de 2003, ap. nº 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98.

STEDH, caso *Poltoratskiy c. Ucrania*, de 29 de abril de 2003, ap. nº 38812/97.

Auto de inadmisibilidad, *Norwood c. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004, ap. nº 23131/03.

Auto de inadmisibilidad, *Phull c. Francia*, de 11 de enero de 2005, ap. nº 35753/03.

STEDH, caso *Leyla Şahin c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, ap. nº 44774/98.

Auto de inadmisibilidad, *Kurtulmus c. Turquía*, de 24 de enero de 2006, ap. nº 65500/01.

Auto de inadmisibilidad, *Köse y otros c. Turquía*, de 24 de enero de 2006, ap. nº 26625/02.

STEDH, caso *Kosteski c. Antigua República yugoslava de Macedonia*, de 13 de abril de 2006, ap. nº 55170/00.

STEDH caso *Zarb Adami c. Malta*, de 20 de junio de 2006, ap. nº 17209/02

STEDH, caso *Igors Dmitrijevs c. Letonia*, de 30 de noviembre de 2006, ap. nº 61638/00.

STEDH, caso *Kavakçi c. Turquía*, de 7 de abril de 2007, ap. nº 71907/01.

STEDH, caso *DH y otros c. la República Checa*, de 13 de noviembre de 2007, ap. nº 57325/00.

Auto de inadmisibilidad, *El Morsli c. Francia*, de 4 de marzo de 2008, ap. nº 15585/06.

STEDH, caso *Orsus y otros c. Croacia*, de 17 de julio de 2008, ap. nº 15766/03.

Auto de inadmisibilidad, *Mann Singh c. Francia*, de 13 de noviembre de 2008, ap. nº 24479/07.

STEDH, caso *Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, ap. nº 27058/05.

STEDH, caso *Kervanci c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, ap. nº 31645/04.

STEDH, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009, ap. nº 13444/04.

Auto de inadmisibilidad, *Aktas c. Francia*, de 30 de junio de 2009, ap. nº 43563/08.

Auto de inadmisibilidad, *Bayrak c. Francia*, de 30 de junio de 2009, ap. nº 14308/08.

Auto de inadmisibilidad, *Gammaleddyn c. Francia*, de 30 de junio de 2009, ap. nº 18527/08.

Auto de inadmisibilidad, *Ghazal c. Francia*, de 30 de junio de 2009, ap. nº 29134/08.

Auto de inadmisibilidad, *Ranjit Singh c. Francia*, de 30 de junio de 2009, ap. nº 27561/08.

Auto de inadmisibilidad, *Jasvir Singh c. Francia*, de 30 de junio de 2009, ap. nº 25463/08.

Auto de inadmisibilidad, *Appel-Irrgang c. Alemania*, de 6 de octubre de 2009, ap. nº 45216/07.

STEDH, caso *Osus y otros c. Croacia*, de 16 de marzo de 2010, ap. nº 15766/03.

STEDH, caso *Ahmet Arslan c. Turquía*, de 23 de febrero de 2010, ap. nº 41135/98.

STEDH, caso *Jakóbski c. Polonia*, de 7 de diciembre de 2010, ap. nº 18429/06.

Auto de inadmisibilidad, *Suku Phull c. Francia*, de 11 de enero de 2011, ap. nº 35753/03.

STEDH, caso *Lautsi y otros c. Italia*, de 18 de marzo de 2011, ap. nº 30814/06.

Auto de inadmisibilidad, *Dojan y otros c. Alemania*, de 13 de septiembre de 2011, ap. nº 319/08.

Auto de inadmisibilidad, *Gatis Kovaļkovs c. Letonia*, de 31 de enero de 2012, ap. nº 35021/05.

STEDH, caso *Francesco Sessa c. Italia*, de 3 de abril de 2012, ap. nº 28790/08.

Auto de inadmisibilidad, *Ławniczak c. Polonia*, de 23 de octubre de 2012, ap. nº 22857/07.

STEDH, caso *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, ap. nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

STEDH, caso *Vojnity c. Hungría*, de 12 de febrero de 2013, ap. nº 29617/07.

STEDH, caso *Vartic c. Rumanía* (nº2), de 17 de diciembre de 2013, ap. nº 14150/08.

STEDH, caso *Enache c. Rumanía*, de 1 de abril de 2014, ap. nº 16986/12.

STEDH, *caso SAS c. Francia*, de 1 de julio de 2014, ap. nº 43835/11.

STEDH, caso *Ebrahimian c. Francia*, de 26 de noviembre de 2015, ap. nº 64846/11.

STEDH, caso *Çam c. Turquía*, de 23 de febrero de 2016, ap. nº 51500/08.

UNIÓN EUROPEA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE *Württembergische Milchverwertung-Südmilch-AG v. Salvatore Ugliola*, de 15 de octubre de 1969, asunto 15/69. [1969] ECR 363.

STJUE *Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, de 13 de julio de 1989, asunto 5/88.

STJUE *Jenkins v. Kingsgate*, de 31 de marzo de 1981, asunto 96/80.

STJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84.

STJUE *John O'Flynn v. Adjudication Officer*, de 23 de mayo de 1996, asunto 237/94.

STJUE *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, de 9 de febrero de 1999, asunto 167/97.

STJUE, *Karlsson and others*, de 13 de abril de 2000, asunto 292/97.

STJUE *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main*, de 23 de octubre de 2003, asunto 4/02.

STJUE *Silvia Becker v. Land Hessen*, de 23 de octubre de 2003, asunto 5/02.

STJUE *The Queen a instancia de The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, de 5 de marzo de 2009, asunto 388/07

ALEMANIA

Tribunal Supremo de Baviera, de 3 de junio de 1991, 122 Bayerische Verwaltungsblatter [BayVBI] 751 (751-54) (F.R.G.)

CANADÁ

TRIBUNAL SUPREMO

Robertson and Rosetanni v. R., [1963] S.C.R. 651.

Bliss v. Canada [1979] 1 S.C.R. 183

Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202

R. v. Big Drug Mart Ltd [1985] 1 S.C.R. 295.

O´Malley v. Simpson Sears [1985] 2 S.C.R. 536.

Bhinder vs. Canadian National Railway [1985] 2 SCR 561

R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103.

Andrews v. Law Society of British Columbia [1989] 1 SCR 143.

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489.

Central Okanagan School District nº 23 v. Renaud [1992] 2 S.C.R. 970.

Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin, [1994] 2 S.C.R. 525

Grant v. Canada (Attorney General) (T.D.) (1995) SCCA No. 394 (SCC Feb 15, 1996)

Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624

British Columbia (Superintendent of motor vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 S.C.R. 868

British Columbia (Public service employee relations commission) v. B.C.G.S.E.U., [1999] 3 S.C.R. 3

Syndicat Northcrest v. Anselem, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 S.C.R. 256.

Bruker v. Marcovitz, [2007] 3 S.C.R. 607.

R. v. N.S., 2012 SCC 72

OTROS TRIBUNALES

ONTARIO DIVISIONAL COURT

Peel Board of Education v. Ontario Human Rights Commission (1991), 3 O.R. (3d) 531

Lane v. ADGA Group Consultants Inc. 2008 CanLII 39605 (ON SCDC)

TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA COLUMBIA BRITÁNICA

Dhillon v. British Columbia (Ministry of Transportation and Highways, Motor Vehicle Branch), [1999] B.C.H.R.T.D. No. 25 (QL).

Pannu v. Skeena Cellulose 2000 BCHRT 56.

SUPERIOR COURT QUEBEC

Chernack c. Air France, (2002) Q.C.C.S. 500-05-053073-993

TRIBUNAL DE LA PROVINCIA DE ONTARIO

R v. Badesha, 2008 ONCJ 94

COURT OF APPEAL

R v. Arrance [1971] 3 W.W.R. 641 (B.C.C.A.);

R v. Laidley (1978), 39 C.C.C. (2d) 406 (Ont. C.A.)

R v. Hothi et al. (1985), 35 Man. R. (2d) 159 (Man. C.A.)

ONTARIO DISTRICT COURT

R v. Kilpatrick (1986), 31 C.C.C. (3d) 334 (Ont. Dis. Ct.)

TRIBUNAL CANADIENSE DE DERECHOS HUMANOS

Nijjar and Canada Human Rights Commission v. Canada 3000 Airlines Ltd. [1999] C.H.R.D. No.3

ONTARIO HUMAN RIGHTS BOARD OF INQUIRY

Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd. (Ontario Human Rights Board of Inquiry), decisión inédita de mayo de 1977.

CANADIAN HUMAN RIGHTS REPORTER

Pritam Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital and Rehabilitation Centre (1981), 2 C.H.R.R. D/459.

HOLANDA

EQUAL TREATMET COMMISION

Opinión del ETC 2004-95, de 22 de junio de 2004, *Verboden onderscheid op grond van godsdienst doordat de directeur van een basisschool weigerde te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt.*

Opinión del ETC 2006-147, de 12 de julio de 2006, *Onderscheid op grond van godsdienst door sollicitant af te wijzen voor de functie van sluiswachter omdat hij vanwege zijn geloofsovertuiging niet op zondag wil werken*.

ITALIA

Sentencia 1110/2005 del Tribunal Administrativo Regional del Véneto.

ESPAÑA

TRIBUNAL SUPREMO

STS sala 4ª de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de abril de 1973, RJ 1973/1864.

STS sala 4ª de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de noviembre de 1975, RJ 1975/4886.

STS sala nº 4 de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de julio de 1979, -RJ 1979/3182-

STS sala de vacaciones, de 14 de agosto de 1979, -RJ 1979/4676-

STS sala de lo social, de 20 de abril de 1988, RJ 2999/1988.

STS nº 950/1997, sala de lo penal, de 27 de junio de 1997, RJ 1996/4987.

STS sala de lo Social, de 4 de mayo de 2000, Rec. nº 3708/1999, RJ 1999/4266.

STS sala de lo Contencioso administrativo, de 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2613

STS sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de julio de 2015, RJ 2015\3459.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 5/1981, de 13 de febrero (BOE nº 47, de 24 de febrero de 1981)

STC 22/1981, de 2 de julio (BOE nº 172 de 20 de julio de 1981)

STC 23/1981, de 10 de julio (BOE nº 172 de 20 de julio de 1981)

STC 2/1982, de 29 de enero (BOE nº 49, de 26 de febrero de 1982)

STC 24/1982, de 13 de mayo (BOE nº 137, de 9 de junio de 1982)

STC 33/1982 de 8 de junio (BOE nº 153 de 28 de junio)

STC 42/1982, de 5 de julio (BOE nº 185, de 4 de agosto de 1982)

STC 62/1982 de 15 de octubre (BOE nº276 de 17 de noviembre de 1982)

STC 78/1982, de 20 de diciembre (BOE nº 13 de 15 de enero de 1983)

STC 36/1984, de 14 de marzo (BOE nº 80, de 3 de abril de 1984)

Auto TC 369/1984, de 20 de junio de 1984

STC 19/1985, de 13 de febrero. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 1985)

STC 47/1985, de 27 de marzo (BOE nº 94, de 19 de abril)

STC 77/1985, de 27 de junio (BOE nº 170, de 17 de julio de 1985)

STC 86/1985, de 10 de julio, (BOE nº 194, de 14 de agosto de 1985)

STC 159/1986, de 16 de diciembre (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1986)

STC 160/1987, de 27 de octubre (BOE nº 271 de 12 de noviembre de 1987)

STC 104/1989, de 8 de junio (BOE nº 158 de 4 de julio de 1989)

STC 120/1990, de 27 de junio (BOE nº 181 de 30 de julio de 1990)

STC 64/1991 de 22 de marzo (BOE nº 98 de 24 de abril de 1991)

STC 145/1991, de 1 de julio (BOE nº 174 de 22 de julio)

STC 292/1993, de 18 de octubre (BOE nº 268 de 9 de noviembre de 1993)

STC 340/1993 de 16 de noviembre (BOE nº 295, de 10 de diciembre de 1993)

STC 66/1995 de 8 de mayo (BOE nº 140 de 13 de junio de 1995)

STC 177/1996, de 11 de noviembre (BOE nº 303, de 17 de diciembre de 1996)

STC 198/1996, de 3 de diciembre (BOE nº 3 de 3 de enero de 1997)

STC 41/1999, de 22 de marzo (BOE nº 100 de 27 de abril)

STC 141/2000, de 29 de mayo (BOE nº 156, de 30 de junio de 2000)

STC 203/2000 de 24 de julio (BOE nº 203 de 24 de agosto de 2000)

STC 292/2000, de 30 de noviembre (BOE nº 4, de 4 de enero de 2001)

STC 46/2001, de 15 de febrero (BOE nº 65 de 16 de marzo de 2001)

STC 128/2001, de 4 de junio (BOE nº 158, de 3 de julio de 2001)

STC 20/2002, de 28 de enero, (BOE nº 52, de 1 de marzo de 2002)

STC 154/2002, de 18 de julio (BOE nº 188 de 7 de agosto de 2002)

STC 101/2004, de 2 de junio *(*BOE nº 151 de 23 de junio de 2004)

STC 253/2004, de 22 de diciembre (BOE nº 18 de 21 de enero de 2005)

STC 117/2006, de 24 de abril, (BOE nº 125, de 16 de mayo de 2006)

STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE nº 295, de 10 de diciembre de 2007)

STC 198/2012, de 6 de noviembre, (BOE nº 286, de 28 de noviembre de 2012)

OTROS TRIBUNALES

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

STSJC, sala de lo Social, 25/1998, de 21 de octubre (AS/1998/4213)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES

STSJB, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia núm. 457/2002 de 9 septiembre, AS\2003\2.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

STSJM, sala de lo Social, sección 5ª, de 27 de octubre de 1997, AS/1997/3751.

STSJM 129/2013, sala de lo contencioso-administrativo, de 8 de febrero de 2013, RJCA 2013\162.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA

STSJV, 3421/2000, de 11 de septiembre de 2000, AS\2001\508

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sentencia 35/2012, del juzgado contencioso-administrativo nº 32 de Madrid, de 25 de enero de 2012.

ESTADOS UNIDOS

TRIBUNAL SUPREMO

Reynolds v. United States, 98 U.S. 145, 164 (1879)

Davis v. Beason, 133 U.S. 333 (1890)

Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

Cantwell v. Connecticut 310 U.S. 296 (1940)

Minersville Sch. Dist. v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940)

West Virginia Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)

Gallagher v. Crown Kosher Super Market, 366 U.S. 617 (1961)

Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961)

Two guys from Harrison-Allentown Inc., v. McGinley, 366 U.S. 582 (1961)

McGowan v. Maryland 366 U.S. 420 (1961).

Shebert v. Verner 374 U.S. 398 (1963)

Griggs vs. Duke Power Co. 401 U.S. 424 (1971)

Lemon v. Kurtzman 403 U.S. 602 (1971)

Dewey v. Reynolds Metals Co., 402 U.S. 689 (1971)

Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, 432 U.S. 63 (1977)

Thomas v. Review Board 450 U.S. 707 (1981)

Estate of Thornton v. Caldor, Inc. 472 U.S. 703 (1985)

Ansonia Board of Education v. Philbrook, 479, U.S. 60 (1986)

Cooper v. Eugene School District, 480 U.S. 942, 107 S.Ct. 1597, 94 L.Ed.2d 784 (1987)

Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith 494 U.S. 872 (1990)

City of Boerne v. Flores, Archibishop of San Antonio, 521, U.S. 507 (1997)

Holt v. Hobbs, 574 U.S. ____ (2015)

EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc. 575 U.S. ___ (2015)

OTROS TRIBUNALES

UNITED STATES COURT OF APPEALS

Riley v. Bendix Corp 464 F. 2d. 1113 (5th Cir, 1972)

Rajinder Singh Cheema, et al. v. Harold H. Thompson, et al., 67 *F.3d 883 (1995)*

Wilson v. US West Communications, 58 F.3d 1337 (8th. Cir. 1995)

Bhatia v. Chevron 734 F2d. 1382.

AMAE vs. State of California 231 F 3d 572 (9th Cir 2000).

TRIBUNAL SUPREMO DE FLORIDA

Warner et al. vs. City of Boca Ratón, nº SC01-2206.

TRIBUNAL SUPREMO DE OREGÓN

Cooper v. Eugene School District, 301 Or. 358, 723 P.2d 298

TRIBUNAL FEDERAL DE DISTRITO DEL ESTADO DE ILLINOIS

Birdi v. UAL Corp. No.99 C5576, 2002 WL 47 1999 (N.D. Ill. 2002)

TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL ESTADO DE OHIO

State of Ohio v. Singh 117 Ohio App. 3d381 (Ohio App. 1996)

COURT OF SPECIAL APPEALS OF MARYLAND.

Kohli v. LOOC Inc. 103 Md. App. 694 (1995).

DISTRICT COURT

EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc. 530 F. Supp. 86 (1981)

Ray v. School district of DeSoto County, 666 F. Supp. 1524 (M.D. Fla. 1987)

Kalsi v. New York City Transit Authority, 62 F.Supp.2d 745 (1998)

Singh v. Goord, 520 F. Supp. 2d 487 (S.D.N.Y. 2007)

CRIMINAL COURT OF THE CITY OF NEW YORK, QUEENS COUNTY

The People of the State of New York, Plaintiff, v. Partap Singh, 135 Misc. 2d 701; 516 N.Y.S.2d 412.

TRIBUNALES NO JURISDICCIONALES

Comisión de Derechos Humanos de la ciudad de Nueva York

Jaggi v. Police Department OATH Index No. 1498/03 (Apr. 28, 2004), aff'd, Comm'n Dec. (June 29, 2004)

OTROS DOCUMENTOS

Sukhinder S. Basra, United States of America v. Matthew Case et al., Settlement Agreement, No. CV11-01676 SVW (FMOx), disponible en http://www.sikhcoalition.org/documents/pdf/Basra%20Settlement.pdf

REINO UNIDO

HOUSE OF LORDS

Mandla v. Dowell Lee [1983] 2 AC 548

Begum vs. Denbigh High School [2006] UKHL 15

OTROS TRIBUNALES

EMPLOYMENT APPEAL TRIBUNAL

Azmi v. Kirklees MBC [2007] I.R.L.R. 484 EAT

Nadia Eweida v. British Airways plc. [2008] UKEAT 0123_08_2011

COURT OF APPEAL

Nadia Eweida v. British Airways plc. [2010] EWCA Civ 80

HIGH COURT OF JUSTICE QUEEN'S BENCH DIVISION ADMINISTRATIVE COURT

Playfoot vs. Millais School [2007] EWHC 1698 (Admin)

Watkins Singh v. Alberdare High School [2008] EWHC 1865 (Admin)

OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

R (Elias) v Secretary of State for Defence [2006] 1WLR 3213

R (on the application of X) v Head Teacher and Governors of Y School, [2008] 2 All E.R. 249

Singh v. Rowtree Mackintosh Ltd. [1979] ICR 554

Panesar v. Nestle Co Ltd [1980] ICR 144

Kuldip Singh v. British Rail Engineering Ltd [1986] ICR 24

Hampson v Department of Education and Science [1989] ICR 179

NOTICIAS DE PRENSA

Agencia EFE, "El Tribunal de Estrasburgo dicta que prohibir el velo en la universidad no viola la libertad de religión" en *El Mundo,* 11 de noviembre de 2005, disponible en http://www.elmundo.es/universidad/2005/11/11/actualidad/1131727218.html;

Agencia EFE "Los sij aprovechan la visita de Sarkozy para reivindicar su derecho al turbante" en *Público,* 26 de enero de 2008, disponible en http://www.publico.es/actualidad/sij-aprovechan-visita-sarkozy-reivindicar.html

Agencia EFE "Una testigo se niega a levantarse el burka para declarar ante la Audiencia Nacional" en *Público,* 23 de septiembre de 2009, disponible en http://www.publico.es/espana/254550/una-testigo-se-niega-a-levantarse-el-burka-para-declarar-ante-la-audiencia-nacional

Agencia EFE "El CGPJ archiva la queja de una abogada expulsada de un juicio por llevar velo" en *El País*, de 8 de febrero de 2010, disponible en http://elpais.com/elpais/2010/02/08/actualidad/1265620641_850215.html;

Agencias; "Expulsados tres sijs de una escuela francesa por llevar turbante" en *El País*, 7 de noviembre de 2004, disponible en http://elpais.com/diario/2004/11/07/internacional/1099782022_850215.html

Armour, Stephanie y Morse, Kate; "Firms get dressing-down over dress codes" en *USA Today,* de 18 de julio de 2001, disponible en http://usatoday30.usatoday.com/careers/news/2001-07-18-dress.htm

Authier, Philip "Drainville unveils watered-down chárter of values" en *Montreal Gazzette,* 15 de enero de 2015, disponible en http://montrealgazette.com/news/quebec/drainville-suggests-watered-down-charter-of-values

Barbash, Fred; "Thank God for Kevin Vickers, Canada's new national hero" en *The Washington Post*, 23 de octubre de 2013, disponible en http://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2014/10/23/thank-god-for-sgt-at-arms-kevin-vickers-canadas-new-national-hero/

Barnejee, Sidhartha; "Quebec values charter: Human rights commission says it can't survive legal fight" en *The Huffington Post*, 17 de enero de 2014, disponible en http://www.huffingtonpost.ca/2014/01/17/quebec-values-charter-human-rights_n_4618923.html

Barron, James; "Two Sikhs win back Jobs lost by wearing turbans", en *The New York Times*, 29 de julio de 2004, disponible en http://www.nytimes.com/2004/07/29/nyregion/two-sikhs-win-back-jobs-lost-by-wearing-turbans.html

BBC News UK; 15 de enero de 2013, "Christian discrimination claims heard by Europe Court", en *BBC.com* disponible en http://www.bbc.com/news/uk-19467554

Black, Ian**;** "Christianity bedevils talks on EU treaty" en *The Guardian*, 25 de mayo de 2004, disponible en http://www.theguardian.com/world/2004/may/25/eu.religion

CBC News "Niqab-wearer blocked again from class", en *CBC.ca*, 9 de marzo de 2010, disponible en http://www.cbc.ca/news/canada/montreal/niqab-wearer-blocked-again-from-class-1.911160

Cembrero, Ignacio; "Nawja fuera de la clase en Pozuelo por cubrirse la cabeza con un hiyab" en *El País*, de 16 de abril de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/04/16/sociedad/1271368803_850215.html

CNN Wire; "Sikh Americasn oppose turban screening at airports" en *CNN*, 8 de noviembre de 2010, disponible en http://edition.cnn.com/2010/TRAVEL/11/08/airport.turban.screening/

CTV Montreal "Reasonable accommodation debated through Bill 94" en *Montreal CTV News*, 21 de octubre de 2010, disponible en http://montreal.ctvnews.ca/reasonable-accommodation-debated-through-bill-94-1.565499

CTV Montreal "Quebec liberals working on moderate Charter of values" en *Montreal CTV News*, 17 de septiembre de 2014, disponible en http://montreal.ctvnews.ca/quebec-liberals-working-on-moderate-charter-of-values-1.2011365

Connolly, Amy; "Sikh postman wins turban battle at Walt Disney World" en *United Press International*, 10 de julio de 2015, disponible en http://www.upi.com/Top_News/US/2015/07/10/Sikh-postman-wins-turban-battle-at-Walt-Disney-World/8731436539056/

Coorsh, Karolyn; "Pauline Maurois resigns as PQ leader after crushing defeat" en *CTV News*, 7 de abril de 2014, disponible en http://www.ctvnews.ca/politics/pauline-marois-resigns-as-pq-leader-after-crushing-defeat-1.1765703

Cotter, John; "Kirpans allowed in Alberta courts, sikhs can wear religious knives" en *Huffington Post*, 28 de enero de 2013, disponible en http://www.huffingtonpost.ca/2013/01/28/alberta-policy-allows-sikhs-kirpan-religious-knives-in-court_n_2568248.html

Coughlin, Con; "Where would the British army be without the Sikhs?" en *The Telegraph*, de 12 de diciembre de 2012, disponible en http://blogs.telegraph.co.uk/news/concoughlin/100193886/where-would-the-british-army-be-without-the-sikhs/

Ctvmontreal.ca; "National Assembly unanimously supports kirpan ban" en *News Montreal*, 9 de febrero de 2011, disponible en http://montreal.ctvnews.ca/national-assembly-unanimously-supports-kirpan-ban-1.605867

Daily Mail Reporter; "U-turn on humiliating turban airport security searches for Sikhs" en *Daily Mail*, 1 de julio de 2010, disponible en http://www.dailymail.co.uk/news/article-1291119/U-turn-humiliating-turban-airport-security-searches-sikhs.html

Davidson, Terry; "Kirpans now allowed in Ontario Courtrooms" en *Toronto Sun*, 16 de mayo de 2012, disponible en http://www.torontosun.com/2012/05/16/kirpans-now-allowed-in-ontario-courts

Department of Justice – Office of Public Affairs, "Justice Department files lawsuit against the State of California for violating inmate's rights to practice his religion", 15 de marzo de 2011, disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-lawsuit-against-state-california-violating-inmate-s-right-practice

English, Rebecca; "Sikh soldier makes history as he guards Buckinham palace wearing turban instead of traditional bearskin" en *Daily Mail*, 11 de diciembre de 2012, disponible en http://www.dailymail.co.uk/news/article-2246410/Sikh-soldier-makes-history-guards-Buckingham-Palace-wearing-turban-instead-traditional-bearskin.html

Europa Press; "La testigo del burka declara sin velo y achaca la polémica a la ignorancia" en *El Mundo*, 28 de septiembre de 2009, disponible en http://www.elmundo.es/elmundo/2009/09/28/espana/1254120351.html

Farmer, Ben; "British army examines plans to create a sikh regiment" en *The Telegraph*, de 23 de febrero de 2015, disponible en http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/defence/11430070/British-Army-examines-plans-to-create-a-Sikh-regiment.html

Grau, José**;** "Jürgen Habermas: La nación ha de ser independiente de la religión, raza o lengua de sus ciudadanos" en *La Vanguardia*, 26 de octubre de 2003, disponible en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-26-10-2003/abc/Cultura/jurgen-habermas-la-nacion-ha-de-ser-independiente-de-la-religion-raza-o-lengua-de-sus-ciudadanos_216561.html#

Greenhouse, Steven; "Clothing chain accused of discrimination" en *The New York Times*, 17 de junio de 2003, disponible en http://www.nytimes.com/2003/06/17/national/17STOR.html

Guardian Correspondents; "To show their contempt for death some sikhs have refused to hide in the trenches" en *The Guardian*, 14 de mayo de 2014, disponible en http://www.theguardian.com/world/2014/may/14/excerpts-guardian-reporting-first-world-war

Hafiz, Yasmine; "California sikh man, Gursant Singh, barred form jury duty for carrying religious dagger, kirpan" en *Huffington Post*, 5 de enero de 2014, disponible en http://www.huffingtonpost.com/2014/05/01/gursant-singh-jury-duty-dagger-kirpan_n_5246955.html

Human Rights Watch; "India: Bring Charges for Newly Discovered Massacre of Sikhs", 25 de abril de 2011, disponible en http://www.hrw.org/en/news/2011/04/25/india-bring-charges-newly-discovered-massacre-sikhs

Irujo, José María; "Sin burka no quiero vivir" en *El País*, 10 de julio de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/07/10/domingo/1310269953_850215.html

Irujo, José María; "Expedientados los padres de la niña del 'burka' por abandono escolar" en *El País*, 27 de noviembre de 2011, disponible en http://elpais.com/diario/2011/11/27/sociedad/1322348410_850215.html

Jiménez, Marina; "Sikh says fast-food boss banned diaper on head" en *The Globe and Mail*, de 11 de diciembre de 2003, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/national/sikh-says-fast-food-boss-banned-diaper-on-head/article1048736/

Kaur, Anju; "Six-figure settlement but California prisons set no-beards policy" en *Sikh NN*, de 2 de diciembre de 2011, disponible en http://www.sikhnn.com/headlines/1637/six-figure-settlement-california-prisons-keeps-no-beards-policy

Kemp, Joe; "Sikh truck driver labelled terrorist by Mississippi traffic cops before judge calls man's turban that rag" en *New York Daily News*, 28 de septiembre de 2013, disponible en http://www.nydailynews.com/news/national/sikh-truck-driver-labeled-terrorist-mississippi-traffic-cops-judge-calls-man-turban-rag-aclu-article-1.1470362

Keung, Nicholas; "Ottawa cancels security policy on headgear" en *Toronto Star*, 16 de junio de 2015, disponible en http://www.thestar.com/news/canada/2015/06/16/sikhs-protest-new-airport-security-measures-for-turbans-and-other-religious-headgear.html

Khajuria, Sanjay; "One killed as protests over Bhindranwale's posters escalate in Jannu" en *The Times of India*, 15 de junio de 2015, disponible en http://timesofindia.indiatimes.com/india/One-killed-as-protests-over-Bhindranwales-posters-escalate-in-Jammu/articleshow/47547022.cms

Knox, Jules; "Small ceremonial swords to be allowed in B.C. courthouses" en *The Globe and Mail*, 10 de abril de 2013, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/small-ceremonial-swords-to-be-allowed-in-bc-courthouses/article11039099/

Netter, Sarah; "Sikh activists upset over inmate's haircut" en *ABC News*, 6 de octubre de 2008, disponible en http://abcnews.go.com/US/Story?id=5966130&page=1

McGreevy, Patrick; "Jerry Brown sings a law protecting Sikhs, muslims from workplace bias" en *Los Angeles Times*, de 8 de septiembre de 2012, disponible en http://latimesblogs.latimes.com/california-politics/2012/09/brown-signs-law-protecting-sikhs-muslims.html

Mohan Singh, Rupinder; "Sikh wins religious accommodation case against az department of corrections" en *American Turban*, 6 de febrero de 2013, disponible en http://americanturban.com/2013/02/06/sikh-wins-religious-accommodation-case-against-az-department-of-corrections/

Moharib, Nadia; "Turban wearing sikh on Calgary force no ordinary cop" en *Calgary Sun*, 26 de enero de 2013, disponible en http://www.calgarysun.com/2013/01/26/turban-wearing-sikh-on-calgary-force-no-ordinary-cop

Montpetit, Jonathan "Liberals, NDP side against kirpan ban in parliament" en *Tb News Watch*, de 21 de enero de 2011, disponible en http://www.tbnewswatch.com/News/128292/Liberals,_NDP_side_against_kirpan_ban_in_Parliament

Moore, Dene; "Buddhist, Jewish, Wiccan, Muslim and Sikh prisoners sue over lack of non-Christian chaplains in Federal prisons" en National Post, 19 de marzo de 2013, disponible en http://news.nationalpost.com/holy-post/buddhist-jewish-wiccan-muslim-and-sikh-prisoners-sue-over-lack-of-non-christian-chaplains-in-federal-prisons

Ontario Human Rights Commission; "Khalsa sikhs can wear kirpan in Toronto courthouses" en *OHRC.on.ca*, 15 de mayo de 2012, disponible en http://www.ohrc.on.ca/en/news_centre/khalsa-sikhs-can-wear-kirpan-toronto-courthouses

Oreja Aguirre, Marcelino; "Las raíces cristianas" en *El País*, 29 de diciembre de 2002, disponible en http://elpais.com/diario/2002/12/29/opinion/1041116411_850215.html

Outlook India; "California governor vetoes kirpan bill" en *India Outlook*, 13 de octubre de 2009, disponible en http://www.outlookindia.com/news/article/california-governor-vetoes-kirpan-bill/667672

Par, J.M.; "Il n'y a jamais eu autant de fonctionnaires en France" en *BFM TV*, 14 de abril de 2015, disponible en http://bfmbusiness.bfmtv.com/france/il-n-y-a-jamais-eu-autant-de-fonctionnaires-en-france-878400.html

Pellerin, Cheryl; "Doc releases new religious accomodation instructions" en *American Forces Press Service*, 22 de enero de 2014, disponible en http://www.defense.gov/news/newsarticle.aspx?id=121525

Peregil, Francisco y López, Ana; "La Comunidad de Madrid obligará a escolarizar a la niña a pesar del pañuelo" en *EL PAÍS*, 17 de febrero de 2002, disponible en http://elpais.com/diario/2002/02/17/espana/1013900404_850215.html

Piquet, Caroline; « Les chiffres les plus marquants sur l'emploi en France », en *Le Figaro*, 18 de febrero de 2014, disponible en http://www.lefigaro.fr/emploi/2014/02/18/09005-20140218ARTFIG00330-les-chiffres-les-plus-marquants-sur-l-emploi-en-france.php

Press Associaton, "Christians are being persecuted, says former archbishop of Canterbury" en *The Guardian*, 14 de abril de 2012, disponible en http://www.theguardian.com/world/2012/apr/14/christians-persecuted-archbishop-canterbury-carey

Quiñonero, Juan Pedro; "El velo islámico se cobra en Francia la expulsión de las dos primeras colegialas" en *ABC*, 21 de octubre de 2004, disponible en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-21-10-2004/abc/Internacional/el-velo-islamico-se-cobra-en-francia-la-expulsion-de-las-dos-primeras-colegialas_9624284317196.html

Reuters; "Merkel: El intento de crear una sociedad multicultural ha fracasado por completo" en *El Mundo*, de 17 de octubre de 2010, disponible en http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/17/internacional/1287269452.html

Sahib, Fatehgarh; "US judge sends apology letter for calling turban a hat" en *Hindustan Times*, 12 de septiembre de 2013, disponible en http://www.hindustantimes.com/patiala/michigan-judge-sends-personal-letter-of-apology-for-misconduct/article1-1120813.aspx

SALDEF ""Georgia Court apologizes to sikh American denied entry into court house due to his turban", en *SALDEF.org*, 29 de mayo de 2007, disponible en http://saldef.org/news/georgia-court-apologizes-to-sikh-american-denied-entry-into-court-house-due-to-his-turban/#.Vbj0m_ntmko

Sánchez, Esther y López, Ana; "La niña marroquí de El Escorial podrá ir a un colegio público, pero sin pañuelo", en *El País*, 16 de febrero de 2002, disponible en http://elpais.com/diario/2002/02/16/sociedad/1013814002_850215.html

Sánchez, Esther; "Cinco niñas llevan ya 'hiyab' en un instituto de San Lorenzo" en *El País*, 10 de noviembre de 2003, disponible en http://elpais.com/diario/2003/11/10/madrid/1068467054_850215.html

Scoffield, Heather; "Charest backs soccer referee in hijab flap" en *The Globe and Mail*, el 27 de febrero de 2007, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/national/charest-backs-soccer-referee-in-hijab-flap/article1070854/

Séguin, Rheal; "Invited to Quebec legislature, sikhs the barred for wearing kirpans" en *The Globe and Mail*, 18 de enero de 2011, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/politics/invited-to-quebec-legislature-sikhs-then-barred-for-carrying-kirpans/article562406/

Sethi Arjun; "Sikh Americans raw deal at airport security", en *Washington Post*, 29 de noviembre de 2013, disponible en https://www.washingtonpost.com/opinions/sikh-americans-raw-deal-at-airport-security/2013/11/29/8aab1dc6-5790-11e3-8304-caf30787c0a9_story.html

Sharma, Manimugdha S.; "World War II Indian pilot honoured with statue in UK" en *The Times of India*, de 29 de noviembre de 2014, disponible en http://timesofindia.indiatimes.com/india/World-War-II-Indian-pilot-honoured-with-statue-in-UK/articleshow/45319912.cms

Singh, Pramjeet; "New Turban Screening procedure at Canadian airports discriminatory" en *Sikh Siyasat News*, 16 junio de 2015, disponible en http://sikhsiyasat.net/2015/06/16/new-turban-screening-procedure-at-canadian-airports-discriminatory-says-wso/

Taber, Jane; "Parliament to accept and embrace wearing of kirpans, sergeant-at-arms explains" en *The Globe and Mail*, 2 de junio de 2011, disponible en http://www.theglobeandmail.com/news/politics/ottawa-notebook/parliament-to-accept-and-embrace-wearing-of-kirpan-sergeant-at-arms-explains/article614877/

The Associated Press; "Army allows a sikh doctor to serve wearing a turban" en *The New York Times*, 23 de octubre de 2009, disponible en http://www.nytimes.com/2009/10/24/nyregion/24sikh.html?_r=0

Torres Benayas, Victoria; "La justicia da la razón al instituto de Pozuelo que vetó a una alumna con velo" en *El País*, 3 de febrero de 2012, archivo disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/02/03/madrid/1328287815_220287.html;

Tubella, Patricia; "David Cameron da por fracasado el multiculturalismo en el Reino Unido" en *El País*, 5 de febrero de 2011, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2011/02/05/actualidad/1296860429_850215.html

Valentine, Scott; "Quebec prison guard loses job for wearing hijab", en *scottvalentine Blog*, de 15 de marzo de 2007, disponible en http://scottvalentine.blog.ca/2007/03/15/quebec_prison_guard_loses_job_for_wearin~1912338/

Valiante Giuseppe; “Thousand protest Quebec’s proposed values Charter” en *Toronto Sun*, 14 de septiembre de 2014, disponible en http://www.torontosun.com/2013/09/14/thousands-protest-quebecs-proposed-values-charter

Vallespín, Ivanna; “Albiol, sobre los atentados: Hay un problema de multiculturalismo” en *El país*, 19 de noviembre de 2015, disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/11/19/catalunya/1447937512_301654.html

Vigerie, Anne y Zelensky, Anne; “Laïcardes puisque feministes” en *Le Monde*, 30 de mayo de 2003, disponible en http://www.c-e-r-f.org/voilelaicardes