

MULTICULTURALISMO Y DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN CANADÁ

Eugenia RELAÑO PASTOR
Universidad de Granada

La sociedad y la diversidad son unas constantes de la cultura contemporánea. Con el tiempo, han devenido en tópicos y han llegado a coincidir con el fenómeno social que conocemos como «multiculturalismo»; un término, no exento de ambigüedades, que sugiere como novedosa la convivencia de diversas culturas en un marco político común. Una convivencia más rica y más compleja, pero también con más conflictos. Señalar algunos de los que se plantean entre minorías y mayoría, en el ámbito religioso, cuando aquéllas cuestionan leyes diseñadas por éstas, y analizar cómo el Estado puede actuar para suavizarlos, son los dos propósitos de este ensayo.

SUMARIO: I. PROBLEMAS Y MULTICULTURALISMO. II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CANADÁ, III. PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: a) *Concepto de libertad religiosa;* b) *La igualdad religiosa y el principio de no discriminación;* c) *La responsabilidad del Estado: 1. Las prácticas religiosas en el sistema de enseñanza pública; 2. La subvención estatal a los centros religiosos de enseñanza básica de.* IV. CONCLUSION.

I. PROBLEMAS Y MULTICULTURALISMO

Desarrollo de los derechos fundamentales, minorías, discriminación directa y indirecta, «acomodo» de las diferencias..., son fenómenos susceptibles de ser analizados en el marco de cualquier sociedad contemporánea. Sin embargo, tal vez sea más interesante ceñirnos a un país como Canadá. ¿Por qué? El expreso reconocimiento constitucional como Estado multicultural avala, por un lado, la oportunidad de la elección; por otro, el

intermitente flujo histórico de inmigrantes permite un estudio más rico que deja abrir interrogantes para toda la sociedad liberal actual.

Una vez que entró en vigor la Carta de Derechos Fundamentales en 1982, el Tribunal Supremo canadiense, en sus primeras decisiones, tuvo que lidiar con el alcance y los límites del artículo 2 (a) que garantiza la libertad de conciencia y religión. Se vio obligado a cuestionar la extensión del concepto de no-discriminación del artículo 15; tuvo que plantearse cómo alcanzar la igualdad, que el artículo 27 de la Carta reconoce, en las prácticas de las minorías religiosas. Estos problemas dejan en el aire interrogantes que se pueden extrapolar a cualquier país occidental: ¿Se deben reconocer los derechos individuales expresados colectivamente, aun a costa de sacrificar los valores de una sociedad democrática? ¿Se debe luchar por el acomodo de otras cosmovisiones? ¿Qué importancia y relevancia tiene la conciencia del individuo en la esfera pública? ¿Cómo conciliar la libertad individual con la igualdad de trato para todas las minorías religiosas?

Los tribunales canadienses no han satisfecho todas estas cuestiones, pero han generado la positiva apertura del debate en varios frentes. Socialmente, se avanza hacia el reconocimiento efectivo del pluralismo. Políticamente, se amplía la intensa inquietud de acomodar el factor del multiculturalismo, con pertinentes políticas públicas. Constitucionalmente se reinterpreta el pacto histórico de 1867¹ que privilegiaba a unas determinadas minorías. Por último, el activismo judicial ha entretendido variadas consideraciones sobre la extensión del contenido de los derechos fundamentales cuando entran en juego los valores de la sociedad. No es casual que estos debates se hayan abierto en el ámbito de la religión, el Estado y las minorías religiosas.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CANADÁ

Si se buscan los orígenes de la legislación sobre derechos humanos en Canadá, podemos retrotraernos hasta 1793, cuando entró en vigor la primera

¹ El Pacto histórico de 1867 hace referencia a la British North America Act de 1867. Mediante ésta el Parlamento británico estableció una confederación canadiense, uniendo en un único territorio a las tres colonias británicas de América del Norte: New Brunswick, Nova Scotia y Canadá. El artículo 93 de la Ley constitucional de 1867 otorgaba protección a las escuelas confesionales o separadas de la minoría católica en Ontario y a las de la minoría protestante en Quèbec.

ley sobre la puesta en libertad de los hijos de los esclavos a la edad de 25 años. No obstante, suele aceptarse generalmente que el reconocimiento de las libertades civiles puede fecharse después de la Segunda Guerra Mundial.

Contrariamente a los Estados Unidos², Canadá no dispuso de unos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados desde el momento de su nacimiento como país. Con la entrada en vigor de la *British North America Act* de 1867, Canadá recibió en herencia el sistema parlamentario británico y la tradición inglesa de proteger los derechos de la persona bien mediante la *common law*, bien mediante la tradición. A través de esta última, el sistema de *common law* canadiense había garantizado determinadas libertades individuales como el *habeas corpus*. A pesar de estas garantías, la demanda de unos derechos que estuvieran constitucionalizados o codificados, al estilo de la Declaración americana de 1791 o de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, se presentaba en términos de urgencia en la conciencia de los canadienses, quienes observaban con claridad las limitaciones del sistema garantista de derechos humanos con el que contaban entonces.

Una vez que la Segunda Guerra Mundial dio lecciones a todos los países de las atrocidades y violaciones de los derechos humanos que podían llegar a cometerse, el compromiso intergubernamental, en el contexto internacional, para su efectiva protección venía a ser un hecho ya demandado por el mismo acontecer histórico. Es entonces cuando Canadá también se suma a las deliberaciones y trabajos previos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Simultáneamente, muchos canadienses se preparan para que las mismas garantías, recogidas en la declaración internacional, fueran de aplicación en el ámbito canadiense mediante las correspondientes

² Los Estados Unidos nacieron de un contexto revolucionario contra un gobierno tiránico que no contaba con el consentimiento de las trece colonias. En consecuencia, los constituyentes, impregnados de una predisposición histórica para evitar los abusos de poder, dispusieron claramente la separación de poderes asegurándose que ningún ejecutivo gozaría de nuevo de tanto poder. Esto se confirmó con las diez primeras enmiendas a la Constitución, que en su conjunto componen una declaración de derechos fundamentales conocidas como el *Bill of Rights*, cuyo objetivo era garantizar que ni el ejecutivo ni el legislativo ejercieran poderes totalitarios sobre el pueblo americano. Sin embargo, las circunstancias –bien distintas– que vivió Canadá hicieron que los conceptos de «poder» y «Estado» se entendieran de manera distinta. El Estado jugó un papel fundamental en la consolidación del país en los territorios del oeste canadiense. Además, las dificultades del clima y la tierra favorecieron una atmósfera respetuosa hacia las instituciones del gobierno, las cuales habían cooperado activamente en el asentamiento de los pueblos colonos. En este contexto hubo pocas dudas sobre el papel positivo que desempeñó el gobierno y el Estado.

leyes nacionales. Tanto políticos como juristas sabían que para proteger la dignidad de la persona no bastaba un documento internacional simbólico que no garantizaba a los individuos acción directa contra el gobierno en caso de violación. Hacía falta un compromiso político, jurídico y, sobre todo, un efectivo reconocimiento legal.

En tiempos de postguerra, los canadienses comienzan a percibir el gran Estado del bienestar como un ente cada vez más engrandecido por una burocracia, unos negocios y un trabajo a gran escala susceptible de convertirse en el mayor enemigo de sus libertades cívicas. Comienza entonces la demanda de una garantía formal para los derechos y entran en vigor, en el ámbito laboral, las primeras leyes provinciales que prohíben cualquier tipo de discriminación por motivos de raza, color, nacionalidad, sexo y edad.

Quizás sea esta la razón, por la que parte de la doctrina canadiense³ insiste en señalar que el movimiento en pos de la protección efectiva de los derechos humanos fue motivado más por la búsqueda de la igualdad que por el sueño de la libertad, que fue en cambio la principal fuente de inspiración para sus vecinos estadounidenses. Aunque esta afirmación ha sido discutida, parece indudable que los conceptos de igualdad y libertad, dadas las características y la diferente evolución política de esos dos países, son entendidos de manera bien distinta en un sitio y en otro. En efecto, Canadá cuenta con una sociedad más plural y menos orientada hacia el igualitarismo: dos lenguas oficiales en lugar de una, un mosaico de culturas más que un crisol o *melting pot*⁴, tolerancia social en vez de una «no-injerencia», religión en las escuelas frente a la cláusula norteamericana de separación Iglesia-Estado y una economía de mayor intervención estatal frente al liberalismo monetario americano. Tal y como apuntó Tocqueville⁵ en los años treinta del siglo pasado, la noción clásica de igualdad estadounidense suele llevar consigo un

³ Ronald ST. Macdonald y John P. Humphrey.

⁴ El mosaico canadiense hace referencia a una diversidad étnica en sentido comunitario: la nación anglófona, la francófona, la pluralidad de subculturas creadas por las corrientes migratorias, la variedad institucional educativa (escuelas separadas confesionales y escuelas que no lo son), etc. La afirmación de los derechos individuales ha crecido ligada a la afirmación de la identidad grupal de las distintas comunidades. Esta es una de las consideraciones de las que parten las Comunidades Evangélicas para conseguir un trato igual al concedido a las minorías católicas y protestantes. Véase, *The Evangelical Fellowship of Canada, Submission to the Minister of Justice concerning Equality For All*, Marzo, 1986.

⁵ «The more I advanced in the study of American society, the more I perceived that (...) equality of condition is the fundamental act from which all others seem to be derived and the central point at which all my observations constantly terminated», TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, New York, Vintage Books, 1954, p. 3.

cierto conformismo social con las reglas del juego que todo ciudadano debe aceptar en la sociedad. La igualdad a alcanzar no es igualdad de *status* sino igualdad en el punto de partida de la competición: una igualdad de procedimiento, no una igualdad substantiva. En Canadá, por su parte, el concepto de igualdad ha evolucionado hacia una noción más substantiva y menos formal.

En 1960, el Parlamento federal promulgó el *Bill of Rights* canadiense que garantizaba las libertades cívicas que históricamente habían formado parte del patrimonio de la *common law* y de la tradición. Sin embargo, esta declaración de derechos nació con importantes limitaciones⁶: los derechos no estaban constitucionalizados y su ámbito de aplicación se reducía a los derechos existentes en el momento de entrada en vigor en 1960, de modo que cualquier derecho posterior quedaba fuera de la pantalla protectora del *Bill of Rights*⁷.

El siguiente impulso legislativo en el ámbito federal llegará en el año 1977 con el Acta Federal de Derechos Humanos (*Canadian Human Rights Act*), que seguirá el modelo que las distintas leyes y códigos provinciales habían ya avanzado décadas antes al recoger un buen abanico de cláusulas que prohibían todo tipo de prácticas discriminatorias. Desde el Código de Derechos Humanos de la provincia de *Saskatchewan* (1947), los parlamentos provinciales habían promulgado a lo largo de todo el país numerosos Códigos y Actas de derechos humanos con vigencia provincial⁸. Esta nueva ley de 1977 se suma a todas ellas y entra en vigor para todo el ámbito federal

Como he indicado antes, el *Bill of Rights* había reconocido unos derechos que no estaban constitucionalizados, sino garantizados por ley ordinaria. De ahí que su garantía real dependiera de la mayoría en el Parlamen-

⁶ Para un mayor análisis de las limitaciones del *Bill of Rights*, véanse: JONATHAN LACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (1998) *European Human Rights Law Review*, 3, pp. 312-331; y PETER HOGG, *Supremacy of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (1983) vol. 61, *The Canadian Bar Review*.

⁷ Es lo que el profesor TARNOPOLSKY ha llamado la «interpretación de los derechos congelados» (*frozen concepts interpretation*).

⁸ *British Columbia Human Rights Act, Alberta Individual's Rights Protection Act, New Brunswick Human Rights Code, Newfoundland Human Rights Code, Nova Scotia Human Rights Act, Ontario Human Rights Code, Prince Edward Island Human Rights Act, la Saskatchewan Human Rights Code, la Quebec Charter of Human Rights Act, Yukon Territory Human Rights Act y Manitoba Human Rights Code.*

to y que no sirvieran como un marco inalterable de referencia para los ciudadanos, quienes reclamaban para sus derechos una protección jurídica más sólida frente a los posibles abusos del gobierno.

A lo largo de los años setenta⁹ los canadienses toman conciencia de que un Estado multicultural y plural necesita un marco de referencia desde el que garantizar igualmente los derechos y libertades fundamentales de cualquier ciudadano. Recogiendo todas estas demandas, y alentada la sociedad canadiense por la necesidad de promover la igualdad de trato y un mismo reconocimiento de derechos a lo largo y ancho de su pluralismo, nace la Carta de Derechos y Libertades en 1982. La Carta es la Primera Parte de la Ley Constitucional de 1982 y otorga por primera vez la protección constitucional a una declaración de derechos en Canadá. Como documento constitucional vincula tanto a las provincias como a las instancias federales y goza de supremacía normativa sobre cualquier legislación provincial y federal, incluyendo el Acta Federal de Derechos Humanos Federal (*Human Rights Act*) y las legislaciones provinciales de derechos humanos (*provincial human rights legislation*).

III. PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En la sociedad canadiense hay una relación estrecha entre religión y multiculturalismo, dado que muchas religiones que buscan protección y acomodo en la sociedad son también minorías étnicas. Por tanto, en la búsqueda de la igualdad en una sociedad multicultural es necesario respetar las características y necesidades de estas minorías, en concreto, la diversidad de manifestaciones y de prácticas religiosas. El reconocimiento más o menos extenso de estas prácticas religiosas dependerá del marco en el que se reconozca el contenido del derecho a la libertad religiosa. Las garantías de su protección se incluyen en el artículo 2(a) bajo el epígrafe de las libertades

⁹ Desde principios de los setenta el concepto de Carta, «the Charter», llegó a ser muy popular entre los canadienses. Este concepto fue esencial para el reconocimiento verdadero, efectivo y constitucional de los derechos fundamentales. Así venía expresado ya por boca de Trudeau: «A constitutional bill of rights in Canada would guarantee the fundamental freedoms of the individual from interference, whether federal or provincial. It would establish that all Canadians, in every part of Canada, have equal rights (...) it would entrench the rights of a variety of Canadians and protect the so-called Canadian «mosaic». P. E. TRUDEAU, *A Canadian Charter of Human Rights*, Ottawa, Queen's Printer, 1968 p. 7.

individuales¹⁰. Y aunque su primer contenido sea el reconocimiento de la libertad individual frente a la injerencia de las instancias gubernamentales o de terceros, la temprana jurisprudencia del Tribunal Supremo señala una fuerte presencia del derecho a la igualdad del artículo 15, cuando el caso entra de lleno en la prescripción del artículo 2(a)¹¹. Ambos artículos se interpretan a la luz de del artículo 27 de la Carta, que vela por la pluralidad cultural¹².

A) Concepto de libertad religiosa

Una vez que la Carta de Derechos Fundamentales entró en vigor, la primera trilogía de casos que trataron de dar un contenido exacto al concepto de libertad religiosa no tardó en llegar al Tribunal Supremo¹³. En *R. v. Big M Drug Mart*¹⁴, el juez Dickson adoptó una interpretación extensiva del concepto de libertad religiosa que incluía la protección tanto de las creencias como la práctica de las mismas. Cualquier creyente debe disponer de las

¹⁰ Bajo el título de los Derechos Fundamentales, el artículo 2(a) dice así: «Todos gozan de las siguientes libertades fundamentales: (a) libertad de conciencia y religión». Uno de los mejores análisis realizados sobre este artículo es el llevado a cabo por la jueza KATHERINE SWINTON, «Freedom of Religion» en BEAUDIN Y MENDES, *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, Montreal (3º ed.), Wilson and Lafleur, pp.141-168. Entre el resto, merece la pena destacar: P. MACKLEM, R. C. RISK, C. J. ROGERSON, K. SWINTON, L. WEINRIB, y J. WHYTE, *Canadian Constitutional Law, Vol. II*, Toronto, Emund Montgomery Publications Limited, 1994, pp. 285-324 y P. MACKLEM, *Freedom of Conscience and Religion in Canada* (1984) vol. 42, University of Toronto Faculty Law Review, pp. 50-81.

¹¹ El artículo 15 reza: «Toda persona es igual ante la ley y tiene igual derecho a una protección y beneficios ante la ley sin discriminación alguna, y en concreto, sin discriminación por motivos de raza, nacionalidad u origen étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física». Véanse, BAYEFSKY Y EBERTS, *The Equality Right and the Canadian Charter of Rights*, Toronto, Carswell, 1985, y los estudios, actualizados anualmente hasta la fecha de hoy, por el profesor TARNOPOLSKY, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, DeBoo Limited, 1982-1998.

¹² Bajo el título «Preservación de la pluralidad cultural», el artículo 27 dice así: «La Carta se interpretará de modo que sea compatible con la preservación y fomento del patrimonio cultural de signo multicultural de los canadienses».

¹³ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, (1985) 1 SCR p. 265; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* (1986) 28 CRR p. 1; *R. v. Jones*, (1986) 31 DLR (4th) p. 569.

¹⁴ En *Big M Drug Mart*, la ley federal *Lord's Day Act* fue derogada porque entraba en colisión con el derecho fundamental de la libertad religiosa reconocido en el artículo 2 de la Carta. La ley prohibía la apertura de negocios de venta al por menor los domingos para preservar el carácter cristiano sagrado de este día. Se consideró que ley tenía una intención y un objetivo claramente religiosos que contravenía la libertad religiosa de quienes no observaban el carácter sagrado y cristiano del domingo.

mayores facilidades para la puesta en práctica de sus creencias. El derecho a la libertad religiosa comprende ambas facetas: las creencias religiosas y las prácticas religiosas. En palabras del mismo juez en el caso *Edwards Books*, el Estado no debe ni imponer credo religioso alguno, ni practicar ningún tipo de coerción religiosa indirecta ¹⁵. Sin embargo, esta afirmación será completada en esta misma trilogía de casos, con matices que nos conducen a plantearnos al menos dos cuestiones:

1. En *Edwards*, Dickson afirma que no toda vulneración del artículo 2 alcanza el *status* de violación del derecho de libertad religiosa; y, en *Jones*, la juez Wilson ¹⁶ escribe que no constituyen contravención de la libertad religiosa los actos legislativos y administrativos cuyos efectos sobre la religión sean insustanciales o triviales. La cuestión estriba en quién evalúa y con qué criterios, si los efectos son insustanciales o triviales en la conciencia del individuo. Si se responde que los tribunales son los encargados de hacerlo, habrá que tener en cuenta que lo que parece trivial en la lógica racionalista del juez puede ser vital, importante y sustancial para el creyente, como manifestación de sus creencias o parte insoslayable de su práctica religiosa. Si nos inclinamos a asignar la competencia al Estado, se puede aducir que el Estado entraría a definir en qué consiste una práctica religiosa y, en consecuencia estaría infringiendo el principio de neutralidad. Por otro lado, aun cuando se admitiera que el Estado tiene la obligación de intervenir positivamente en los problemas ocasionados por la libertad religiosa como garante de este derecho fundamental, surgirían nuevas cuestiones. La primera sería saber si el Estado se halla en disposición de lidiar con una realidad religiosa multicultural provista de cosmovisiones diversas. Y, si lo está, la pregunta se traslada al cómo: es decir, cómo entrar en relación con ellas sin que se produzcan situaciones discriminatorias directas o indirectas.

¹⁵ Dickson CJC en *Edward Books* «In my opinion, indirect coercion by the State is comprehended within the evils from which s. 2(a) may afford protection (...) It matters not, I believe, whether a coercive burden is direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable» p. 34 Dickson CJC. en *Big Mart*: «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 declare to manifest belief by worship and practice or by teaching and dissemination» (p. 353) «Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations, are therefore protected by the Charter» (p. 367).

¹⁶ Wilson J: «Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not, in my view, a breach of freedom of religion.» (p. 578).

Tal vez podría pensarse que la solución se encuentra en que al Estado, o en su caso a los tribunales, les bastaría con evitar actos legislativos o administrativos que vulnerasen claramente, las creencias que la «ortodoxia» de cada comunidad religiosa considera como esenciales, bien impidiéndolas directamente o entorpeciéndolas. Sin embargo, la jurisprudencia canadiense¹⁷ y norteamericana¹⁸ han reconocido, desde hace tiempo, que las creencias y prácticas religiosas de los miembros de una religión pueden variar dentro de la misma confesión, y que por ello, el criterio para proteger la manifestación externa de la libertad religiosa del individuo residirá en la sinceridad con que la conciencia de cada persona asuma determinadas creencias, y no en las obligaciones religiosas que en principio reclame su religión.

2. Los derechos fundamentales no son absolutos. De acuerdo con el artículo 1 de la Carta¹⁹, una ley puede restringir legítimamente el ejercicio de los derechos fundamentales; entre éstos, los mencionados por el artículo 2 de la Carta, si se prueba que se trata de unos límites razonables en una sociedad democrática²⁰. Esta cláusula limitativa del artículo 1 fue dotada de

¹⁷ En *Re Funk and Manitoba Labour Board* el magistrado presidente de sala del Tribunal de Apelación de Manitoba sostuvo: «The central issue in this matter is whether the Labour Board made its adjudication on the basis of Funk's religious beliefs (as it was required to do) or on the basis on the tenets of the Mennonite Brethern Church (which it was neither required nor authorized to do) (...) the Board asked itself the wrong question. Its inquiry should have been directed of the nature of Funk's religious beliefs concerning the joining of a union. Central to that inquiry would be the question of sincerity. Were Funk's religious beliefs sincerely and genuinely held?», *Re Funk and Manitoba Labour Board* (1976), 66 DLR (3rd) pp. 35. Y en una decisión mucho más reciente, la Comisión de Derechos Humanos de Canadá en *Jason v. Ontario Milk Marketing Bd.* (1990) rechazó que el Código de Derechos Humanos de Ontario diera cabida solo a las creencias del individuo que sigue los preceptos de una religión organizada: «the religious beliefs of an individual, developed through personal interpretation of religious experience and faith are equally as entitled to protection as the more formalized precept of organized religion», *Jason v. Ontario Milk Marketing Bd.* (1990), 13 CHRR D/397.

¹⁸ El caso emblemático en el que el Tribunal Supremo norteamericano considera la extensión del concepto de libertad religiosa es *United States V. Seeger*, 380 US 163 (1965). Vid. al respecto J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 1985, pp. 408-410.

¹⁹ El artículo 1 dice así: «La Carta de Derechos y Libertades del Canadá garantiza los derechos y libertades que en ella se enuncian, a reserva únicamente de los límites razonables que se establezcan por la ley, en la medida en que se puedan justificar satisfactoriamente en una sociedad libre y democrática»

²⁰ Esta cláusula, limitativa de los derechos, es similar a las cláusulas limitativas contenidas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos; en concreto, la del Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950. Estas cláusulas limitativas han permitido a los Estados utilizar lo que se ha conocido como «un margen de apreciación»:

contenido por el juez Dickson en la memorable decisión *R. v. Oakes* (1988)²¹, en la que se establecían los criterios que la ley limitadora de los derechos debía satisfacer. En síntesis, la ley debe perseguir objetivos de importancia fundamental para la sociedad democrática, y los tribunales evaluarán la proporcionalidad y la relación entre el límite del derecho y el objetivo perseguido por la ley. El problema es que, a la vista de la experiencia forense, no parece que los jueces posean una clara definición de los valores objetivos de una sociedad democrática. Éstos pueden adoptar un punto de vista subjetivo u objetivo, variando de una sentencia a otra²². Los casos que han tenido en cuenta la razonabilidad de la limitación impuesta al derecho de libertad religiosa por un lado, y el objetivo estatal esencial para la sociedad por otro, han demostrado la superioridad del daño provocado al objetivo estatal sobre el ejercicio pleno de la libertad religiosa²³. La razón estriba en el amplio campo de objetivos sustanciales o esenciales que posee una sociedad democrática. Cuanto más amplia es su extensión, más probabilidad hay para que se pidan restricciones razonables al alcance del contenido de un derecho fundamental, en aras de la preservación de los objetivos presuntamente esenciales para una sociedad democrática²⁴.

Una solución que haga justicia al balance entre los límites del artículo 1 y el desarrollo del artículo 2 podría ser atribuir legitimidad a los argumentos esgrimidos por el que demanda el reconocimiento del derecho de libertad

margen para adoptar las medidas protectoras y limitadoras de los derechos que una sociedad libre y democrática requiera. Los límites que se establecen explícitamente del derecho a la libertad religiosa se recogen en el artículo 9.2 del Convenio Europeo: «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». Para un estudio de la jurisprudencia europea en torno a los límites del derecho de libertad religiosa, véanse: J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de derechos humanos*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 1986, pp. 403-406; id., *La protección internacional de la libertad religiosa*, en AAVV., «Tratado de Derecho Eclesiástico», Pamplona 1994, pp. 141-239.

²¹ *R. v. Oakes* (1986) 2 S.C.R. p. 1384.

²² Una de las posiciones más críticas al respecto es expresada por DAVID BEATTY, *Talking Heads and the Supremes: the Canadian Production of Constitutional Review*, Toronto, Carswell, (1990) p. 138.

²³ *Edwards Books*, supra; *R. v. Gruenke* (1991) 289 SCC; *Hothi v. R. and Mitchell Prov.J.* (1986) 3 WWW 671 (Manitoba Court of Appeal).

²⁴ Para más información, véase L. E. WEINRIB, *The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter* (1988) 10 Supreme Court Law Review, p. 469.

religiosa. Es decir, que los tribunales hicieran el esfuerzo de estudiar el caso desde la perspectiva del creyente, desde la inexorabilidad y profundidad de unos principios que informan toda la vida y la identidad del ciudadano, y que encuentran su legitimidad en fuente distinta a la del racionalismo liberal.

Esta última reflexión nos conduce a la puerta siempre entreabierta entre las consideraciones jurisprudenciales-doctrinales y los fundamentos filosóficos-políticos de los que parten los primeros. En el decisivo caso *Big M*²⁵ el tribunal interpretó que el artículo 2 pretende, sobre todo, asegurar que la sociedad no interfiera en «las profundas creencias religiosas» que rigen la humanidad y en la percepción que cada uno tiene de sí mismo²⁶. Desde este punto de partida, el tribunal adoptó una postura en consonancia con la interpretación liberal e individualista de los derechos fundamentales; es decir, más centrada en la religión como creencia en la esfera íntima del individuo, que como experiencia colectiva de profesión de fe en el ámbito público²⁷. Eso implica que, cuando la diversidad religiosa entra en conflicto con la racionalidad política liberal en el ámbito público, la primera es considerada como irracional e insostenible²⁸. El liberalismo intenta transcender todas las particularidades culturales, históricas y religiosas creando unos principios morales y políticos que tengan una validez transcomunitaria. El conjunto de creencias religiosas queda privatizado en la conciencia del individuo y, al estilo rortiano²⁹, tiene tanta validez como las creencias políticas, sólo que corresponden a otra esfera del individuo, la de su vida pri-

²⁵ *Supra*, nota 13.

²⁶ Este planteamiento no sólo se ha oído en los tribunales sino que, en la prensa, también se ha escrito: «Religion in a liberal society belongs in private culture, in the family and the house of faith. It does not belong in the public-school system, which is our most important instrument, our essential instrument, of socialization, citizenship and community for all». VALPY, «Religion and the schools», *The Globe and Mail*, 25 de octubre, 1995, p. 17.

²⁷ Sobre la importancia que tiene el derecho de libertad religiosa en una sociedad liberal, a la vista de la experiencia estadounidense y canadiense, véanse: PAUL HORWITZ, *The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond* (1996) vol. 54 University of Toronto Faculty Law Review, pp.1-64; y la recensión: *Liberalism and the Limits of Religious Freedoms* (1991) vol.104 Harvard Law Review, pp.1937-1939.

²⁸ «Political liberals are not essentially against religious plurality. Indeed, the very reason that some of them try to find a political rationality that transcends the diverse religious doctrines is to assure that we have such a plurality. However, when religious belief conflicts with political rationality, they insist that the former must be regarded as unreasonable, irrational, and mad.» YONG HUANG, *Political Solidarity and Religious Plurality: A Rortian Alternative to Liberalism and Communitarianism*, vol. 11 Journal of Law and Religion, pp. 499-535 en 501.

²⁹ Véase: RICHARD RORTY, *Religion as Conversation Stopper*, (1994) 3 Common Knowledge, p. 1.

vada. Siguiendo esta línea argumental, las comunidades religiosas que quieran participar en el diálogo público deben adoptar el lenguaje común del liberalismo y del racionalismo³⁰. Al Estado liberal le interesa mantener la religión como una opción privada más del individuo³¹, y no como fuerza social independiente, generadora de ideas alternativas a los planteamientos liberales. Es posible que si se entendiese el valor fundamental de la libertad religiosa y el papel social del desarrollo de ésta, se estuviese en disposición de valorar con mayor acierto y justicia el balance, mencionado anteriormente, entre el artículo 2 y el artículo 1 de la Carta.

Por último, esta concepción descrita ignora que la misma concepción liberal de justicia se alimenta del conjunto de creencias enraizadas en la parte privada del individuo, y es difícil separar cuáles son las que entran en la arena pública y cuáles no. Al margen de este problema teórico, el problema práctico es encontrar la manera de legitimar los diversos discursos religiosos de una sociedad multicultural liberal como racionales y darles acomodo. No es un problema sólo jurisprudencial, sino que conlleva dificultades de índole sociológica, política y filosófica. Es la búsqueda del consenso y de la solidaridad pública que no sólo respeten, sino que reconozcan, diversas lógicas de comportamiento y una pluralidad de cosmovisiones.

B) La igualdad religiosa y el principio de no discriminación

Desde la pasada década, un notable porcentaje de la doctrina canadiense³² ha tratado de ahondar en el contenido del concepto de igualdad que el artículo 15 de la Carta reconoce y se ha esforzado de igual modo en bosquejar los límites hasta donde se extiende el término de no-discriminación.

Cualquier teoría sobre la igualdad manejará un elemento comparativo que se aplicará tanto a las personas implicadas como al tratamiento que ellas reciben. Cuando la comparación se hace confrontando situaciones personales, hay que saber si la comparación reside sobre la persona individualmente considerada o sobre el grupo como tal. Hay que tener en cuenta que

³⁰ K. GREENAWALT, *Religious Convictions and Political Choice: Some Further Thoughts* (1990), vol. 39. DePaul Law Review, pp. 1019-1035.

³¹ Véanse, SANFORD LEVINSON, *The Multiculturalism of Belief and Disbelief* (1994), vol. 92 Michigan Law Review, pp. 1873-1892, y STEPHEN L. CARTER, *The Culture of Disbelief: How American Law Politics Trivialize Religious Devotion*, New York, Basic Books (1993).

³² W. Tarnopolsky, A. Bayesfsky, M. Eberts, W. Black, L. Smith, R. Abella, M. Rioux.

el impacto de los efectos causados por una discriminación en un grupo, pueden no afectar a todo miembro de ese grupo. En consecuencia hace falta un concepto de igualdad que englobe tanto a la persona como tal, como al grupo en sí mismo. Esta es la noción que recoge el artículo 15³³. En cuanto al tratamiento, en uno de los casos más emblemáticos de la jurisprudencia canadiense, *Andrews v. Law Society of B.C.* (1989)³⁴, el Tribunal Supremo señala que el concepto de igualdad no significa la igualdad de trato para personas en diferentes situaciones, y la misma regla ha de aplicarse a las confesiones religiosas³⁵. Para conseguir igualdad hay que tener en cuenta la «igualdad de resultados». Es decir, hay que preguntarse por el objetivo de la ley, y si se ha conseguido el resultado de igual manera por todos. En este sentido, los tribunales han dado paso al concepto de «acomodar las diferencias», entre ellas, las religiosas. De este modo, ejercer el derecho a pedir acomodo se convierte en la solución para integrar satisfactoriamente las diferencias de una sociedad multicultural en un mismo marco de convivencia y conseguir que todos, a pesar de esas diferencias, se beneficien de los mismos recursos y posibilidades.

El acomodo de las prácticas religiosas es esencial en una sociedad pluralista donde los trabajadores tienen la necesidad de practicar las más variadas creencias religiosas. La jurisprudencia canadiense nos ofrece significativas sentencias³⁶ en las que el «derecho al acomodo» es esgrimido por el

³³ Para un comentario completo del concepto de igualdad en este sentido, véanse las páginas 823-900 de la obra de BAYEFSKY Y EBERTS citada en la nota 11.

³⁴ *Andrews v. Law Society of BC* (1989) 1 SCR, 143.

³⁵ En referencia a la igualdad de trato para los grupos de diferente credo religioso, en *Big M.* el T. S. reconoció que el logro de una efectiva igualdad lleva consigo, en ocasiones, una diferencia de trato entre una confesión u otra: «The interest of true equality may well require differentiation in treatment of different faiths», p. 362, supra, nota 13.

³⁶ Es interesante hacer notar que las cuatro sentencias en las que el Tribunal Supremo ha tratado los límites del derecho al acomodo (o, desde la perspectiva opuesta, «the duty to accommodate»), se refieren a la acomodación religiosa: *O'Malley v. Simpson Sears* (1986), *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool* (1990), *Central Okanagan School District No 23 v. Renaud* (1992) y *Commission Scolaire régionale de Chambly v. Bergein* (1994). Para un estudio detallado de la jurisprudencia a tal efecto: Lori Macdonell, *Human Rights in the Workplace. A Practical Guide*, Ontario, Carswell-Scarborough, 1998, pp. 10-1 a 10-37. Para una revisión crítica de cómo se ha hecho este acomodación religiosa en el ámbito laboral, ver MARY CORNISH Y HARRET SIMAND *Religion Accommodation in the Workplace* (1990) vol. 1 *Canadian Labour Law Journal*, pp. 166-185. Si se quiere profundizar hasta qué punto el empresario tiene el deber de acomodar las prácticas religiosas, ver SHELAGH DAY Y GWEN BRODSKY, *The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?* (1996), *The Canadian Bar Review*, vol.7, 5 pp. 433-473.

creyente en su habitual lugar de trabajo. La Comisión de Derechos Humanos publicó³⁷ el año pasado un informe como criterio, y guía, para trabajadores y empresarios que se encuentran en la difícil coyuntura de sopesar el derecho del trabajador a ejercer «su libertad» frente al derecho del empresario a «llevar sus negocios de manera satisfactoria» sin incurrir en discriminación.

La Comisión hizo las siguientes consideraciones: En primer lugar, que el derecho al acomodo no perjudica, ni merma, el trato igual que merecen tanto creyentes como no creyentes; la diferencia de trato no se considera una práctica discriminatoria. En segundo lugar, el derecho al acomodo incluye una múltiple variedad de medidas: especiales permisos de trabajo, códigos de vestir distintos, acomodo de las vacaciones religiosas proveer espacio para los ritos religiosos, permiso para atender a los servicios religiosos prescritos, etc. Y en tercer lugar, se plantea como la cuestión más difícil hasta qué punto es exigible el «acomodo de las diferencias». La exigibilidad del acomodo puede ser satisfecha siempre y cuando el acomodo no implique una «penalidad excesiva o injusta»³⁸ para el empresario. Por tanto, si se lograra definir con exactitud este último concepto se estaría evitando llevar a cabo el balance, particularizado en cada caso, entre los derechos encontrados del empresario y del trabajador. Los perfiles de este concepto se delinearon precisamente en la demanda de una acomodación por motivos religiosos³⁹. Sin embargo, los tribunales continúan encontrando dificultades

³⁷ CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *The Duty to Accommodate: an Interpretative Commentary*, June 1997.

³⁸ Así podría traducirse la expresión «undue hardship», importada del derecho estadounidense.

³⁹ En *Central Alberta Dairy Pool v Alberta (Human Rights Commission)* supra, nota 36, un trabajador fue despedido por ausentarse del trabajo dos días festivos, y aunque existían «requisitos laborales de buena fe» (*bona fide occupational requirement*) que justificaban la discriminación en que se estaba incurriendo despidiendo al trabajador, el empresario tuvo que demostrar los medios y los esfuerzos realizados para intentar acomodar las prácticas religiosas del creyente. La Comisión abordó el contenido de concepto «penalidad excesiva o injusta», señalando los factores que lo componen: «existe penalidad injusta o excesiva en el caso de que el empresario tuviese que incurrir en costes financieros, violación del convenio colectivo, imposibilidad de intercambio de fuerza de trabajo u otros factores, peligro para el trabajo o la seguridad, magnitud del riesgo, problemas morales para los otros empleados». Para un estudio detallado de la discriminación en el ámbito laboral, véase el siguiente libro de DANIEL PROULX: *La Discrimination dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur le droits de la personne*, Montreal, Yvon Blais Inc, 1983. En estas páginas se estudia la diferencia entre discriminación directa e indirecta. A modo de ejemplo se apuntan casos concernientes a la libertad religiosa y el derecho a acomodar las prácticas de los creyentes.

para medir y valorar algunos de los factores que componen el concepto, tales como el daño moral a otros empleados o la seguridad en el trabajo: (por ejemplo, el sikh que lleva consigo como parte de su vestimenta ordinaria un cuchillo de ceremonias a su lugar habitual de trabajo). En suma, parece que el «derecho a un acomodo» y la apreciación de lo que es una «penalidad injusta o excesiva» variarán en cada caso en particular, de modo que la exigibilidad del acomodo tendrá que evaluarse en las circunstancias de cada momento. Así ha quedado de manifiesto en los tribunales canadienses⁴⁰.

Es importante hacer notar que en *Andrews*⁴¹, un clásico en la jurisprudencia canadiense, el Tribunal Supremo ha señalado la necesidad de salvaguardar a los ciudadanos de toda práctica discriminatoria, haya sido intencionada o no⁴². En ocasiones, no hay intención directa de discriminar, pero leyes de naturaleza «neutral» (es decir, leyes no directamente concebidas como discriminatorias u hostiles) pueden tener efectos perjudiciales, y en proporción distinta, en un grupo y no en otro. Esto es lo que se ha conocido como «adverse effect discrimination».

Expertos en derechos humanos han venido identificando en las dos últimas décadas las desventajas que para grupos minoritarios provocan leyes que son neutrales en su redacción. Estas leyes pueden afectar al grupo como tal o al individuo. Los casos que alcanzaron el Supremo⁴³ en materia de «adverse effect discrimination» fueron motivados por discriminación religiosa. En *Bhinder*, un sikh fue despedido por no seguir la normativa laboral que le exigía llevar casco de seguridad. El creyente informó a la compañía

⁴⁰ En el caso *Gohm V. Domtar Inc.* (1990), 12 CHRR D/161 en 75 la Comisión afirmó que «the duty to accommodate defies generalization, because each case will involve unique circumstances». En el asunto *Renaud* el juez *Sopinka* señala: «Ce qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire». *Renaud* supra, nota 36. Para un estudio comparado detallado del derecho al acomodo en la sociedad canadiense en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales y en la Carta de Derechos y Libertades de la persona de Quebec, véase, J. WOEHRLING, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, *Revue de Droit de McGill*, vol. 43, 1998, pp. 325-401.

⁴¹ Supra, nota 34.

⁴² *Andrews*, Ibid.: «I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not, 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» (p. 308).

⁴³ *Symes v. Canada* (1993) 4 SCR; *O'Malley v. Simpsons Sears* (1985) 2 SCR; *Re Bhinder and Canadian. National. Railway* (1985) 23 DLR (4th).

que no podía reunir este requisito porque llevar turbante es una práctica religiosa esencial en la ortodoxia de su religión. La ley que obliga llevar un determinado uniforme, incluyendo el casco, es neutra, pero tiene un efecto discriminatorio en los solicitantes del credo sikh, puesto que se quedan automáticamente fuera al no reunir los requisitos demandados por la normativa laboral. Pese a todo el Tribunal Supremo consideró que el casco era requisito inexcusable del trabajo («bona fide occupational requirement») y no procedía el derecho al acomodo. El resultado de esta polémica es que se mantiene la ley que produce efectos discriminatorios indirectos, y se intenta al mismo tiempo un «acomodo razonable» para el ciudadano que la sufre.

El concepto de acomodo razonable es enormemente útil para las minorías que no pueden reclamar ninguna forma de autonomía gubernamental en el interior del Estado por hallarse dispersas geográficamente. Mediante la denuncia de unos efectos discriminatorios indirectos⁴⁴, las minorías religiosas pueden invocar el derecho a la igualdad y obtener un tratamiento distinto; es decir, la reivindicación del derecho a la diferencia.

Tanto el concepto de derecho al acomodo como la discriminación indirecta son conceptos de construcción esencialmente jurisprudencial, casuística, pragmática y progresista. Pero la política de acomodar las diferencias, en este caso religiosas, se encuentra con dos obstáculos. El primero es el peligro que supone el acomodo para la armonía social, y el segundo es el peligro que entraña para los derechos individuales de los miembros de la comunidad.

La armonía social canadiense requiere, valga la contradicción *in terminis*, la receta del multiculturalismo, y para esto último parece esencial, a su vez, el derecho al acomodo. Sin embargo, se ha señalado como crítica que esa tendencia favorece ciertamente que se preserven las identidades culturales minoritarias, en este caso las religiosas; pero es también, por ese motivo, una medida que fomenta la disgregación social, la pertenencia a una comunidad en concreto, más que la adscripción a una colectividad como un todo; impulsando por ello la división de la colectividad en guetos. Tal crítica parece excesiva. Es verdad que el reconocimiento de las diferencias y su adaptación puede provocar a corto plazo un efecto distintivo y particularizante del grupo (una persona se destaca frente al resto); sin embargo, a largo plazo, las mismas minorías pueden facilitar su integración armoniosa en la sociedad, una vez que se han concienciado durante tiempo de lo que significa la lucha por

⁴⁴ *Discrimination indirecte* en francés, *adverse effect discrimination*, en inglés.

merecer el respeto y el reconocimiento de sus particularidades. En cuanto al segundo de los riesgos indicados, los derechos individuales de una comunidad religiosa pueden verse autoexcluidos de la mentalidad liberal, secular y racional del resto de la sociedad. Preservar la cultura de origen puede retrasar la modernización en el mundo occidental moderno de las comunidades de inmigrantes y el pleno desarrollo de sus derechos individuales «coartados» por las distintas cosmovisiones teocráticas que tiene la comunidad del creyente. El ejemplo por excelencia es la situación de la mujer en las comunidades islámicas. Por citar un caso vistoso, bien conocido y reciente en la sociedad quebequesa, la exigencia religiosa que obliga a las mujeres musulmanas a llevar en la cabeza el pañuelo o la *hijab*. Si las leyes autorizan su uso en la escuela, se puede estar favoreciendo la presión social y moral que las familias o la comunidad religiosa ejercen sobre las mujeres jóvenes para el mantenimiento de dicha práctica. ¿Entraría, en tal caso, el acomodo facilitado por el Estado en conflicto con los derechos de la mujer?⁴⁵

Está claro que el mismo Estado debe afrontar posibles contradicciones que podrían ser solventadas si se prescindiera de una cosmovisión liberal lineal. Si se valorasen estas situaciones teniendo en cuenta dos criterios distintos, dos cosmovisiones diferentes, la del creyente y al del Estado secular, no tendrían cabida las contradicciones surgidas cuando se utiliza una única lógica excluyente.

C) La responsabilidad del Estado

Todas las consideraciones que nos anteceden sitúan al Estado en una situación difícil. Si se da al factor religioso, y a su correlato derecho a la libertad religiosa, un lugar destacado en una sociedad democrática⁴⁶, el

⁴⁵ La *hijab* tiene una connotación negativa: «the sexual exploitation of women», A. NASRULLA, «Educators outside Quebec mystified by hijab ban» *The Globe and Mail*, 13 de diciembre, 1994; y «defies the values of equality of men and women», R. MACKIE, «Muslim headgear polarizes Quebec» *The Globe and Mail*, 12 de diciembre, 1994.

⁴⁶ Véanse los papeles o las funciones que PAUL HORWITZ asigna a la religión en la sociedad. Para este autor, la religión desempeña roles insustituibles en toda sociedad democrática: como grupo social, la religión es intermediaria y vaso comunicante entre el Estado y el ciudadano; como intermediario político, cuestiona las políticas llevadas a cabo por el gobierno –Martin Luther King–; como fuente de ideas; como manifestación pública de la identidad del individuo; y como lealtad a otra fuente de legitimidad distinta a la del Estado, son otras funciones que le asigna el autor. Supra nota, 27 pp. 47-56.

Estado no sólo tendrá en consecuencia que eliminar las trabas que impiden su ejercicio sino potenciar el avance de la libertad religiosa. Esto puede hacerse de dos maneras: garantizando excepciones particulares en la aplicación general de ley y comprometiendo al legislativo en unos esfuerzos que efectivamente ayuden al desarrollo de la libertad de religión.

Puede argüirse que cualquier excepción vulnera el principio de igualdad del artículo 15. Sin embargo, las excepciones no deben ser consideradas como privilegios concedidos a un grupo y no a otro, sino como manifestaciones del derecho a la libertad religiosa. Como apuntábamos antes⁴⁷, concepto de igualdad no significa la igualdad de trato para todas las confesiones religiosas que conviven en el mismo contexto político-social. En *Big M*⁴⁸, el TS reconoció que la verdadera igualdad puede requerir un tratamiento distinto para cada credo religioso.

La conveniencia o no de un trato diferenciado hace mella en el delicado problema de la relación enseñanza pública-religión. Por un lado, nos encontramos con la problemática de la autorización o la desautorización de la enseñanza de la religión en los centros públicos. Por otro, nos cuestionamos la viabilidad jurídica y política de las subvenciones estatales a centros religiosos privados de enseñanza pública; es decir, estamos ante la polémica desatada sobre la inoportunidad legal-política de extender de forma paritaria a otras minorías religiosas, las ayudas que vienen garantizadas en el artículo 93⁴⁹ de la Ley Constitucional de 1867. La distribución de competencias en la Ley Constitucional de 1867 confería a las provincias la educación pero exigiendo el respeto a los derechos y privilegios que los ordenamientos en vigor en 1867 recogían en cada provincia⁵⁰. El artículo 93 hace alusión a este hecho; en especial, a la protección de las escuelas separadas o confesionales católicas en Ontario y protestantes en Québec. Estos

⁴⁷ Véanse la p. 11 y l nota al pie núm. 35.

⁴⁸ *Ibid. supra* nota 35.

⁴⁹ Como ejemplo, señalar la sentencia *Bal. v Ontario (AG)* (1994) 121 DCR: «The government is not obliged to provide funding for minority religious alternative schools within the public school system».

⁵⁰ El artículo 93 garantizaba el respeto de los derechos y privilegios que gozaban las escuelas separadas a la entrada en la Confederación. Como consecuencia de la aplicación de este artículo, la situación jurídica de las escuelas religiosas varía de una provincia a otra. El artículo hacía referencia a las cuatro provincias fundadoras, a British Columbia y a Prince Edward Island. Por ejemplo, *New Foundland Terms of Union* protegía una variedad de escuelas separadas que no tenían protección constitucional en British Columbia, Nova Scotia o Prince Edward Island.

mismos derechos y privilegios han sido confirmados en el artículo 29 de la Carta de derechos y libertades de 1982⁵¹.

1. *Las prácticas religiosas en el sistema de enseñanza pública*

En los dos casos jurisprudenciales más relevantes que tocan de lleno el problema, el tribunal desarmó los argumentos a favor de la indoctrinación en las escuelas públicas.

Para nuestro análisis *Zylberberg*⁵² representa la combinación de los tres artículos de la Carta que venimos desarrollando. Se impugnaba la validez de una ley que exigía a los colegios públicos comenzar la jornada escolar recitando oraciones o leyendo pasajes de la Biblia. Los padres de cinco estudiantes de primaria vieron menoscabado su derecho de libertad religiosa y el derecho a la igualdad del artículo 15. El Tribunal de Apelación de Ontario impugnó la ley, en ningún caso justificable al amparo del artículo 1, como lesión del artículo 2. El derecho de libertad religiosa había sido vulnerado porque el ejercicio de estas prácticas resultaba coercitivo para el estudiante que disintía de la religión mayoritaria. Garantizar una excepción al reglamento para estos estudiantes, permitiéndoles su ausencia durante el transcurso de dichas prácticas, podría estigmatizar o estereotipar al/los estudiante/s como el/los disidente/s⁵³. El Tribunal de Apelación consideró que la interpretación del artículo 2 debe ir pareja con lo regulado en el artículo 27.

⁵¹ «El hecho de que los textos constitucionales canadienses no garanticen más que los derechos relativos a la confesionalidad de las escuelas que ya se tenían en 1867, no quiere decir que, en el ejercicio de sus competencias legislativas, las provincias no puedan reconocer otros derechos o ampliar los ya existentes en la Carta de derechos o en otras leyes provinciales, que pueden, naturalmente, diferir entre ellas», ERNESTO CAPARRÓS, *Una problemática canadiense: El aparente conflicto entre la constitucionalización de la confesionalidad escolar y la libertad de religión*, en JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.) «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional»-Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo 1997. Comares-Granada, 1998. p. 230. Para un análisis de la libertad de religión y la confesionalidad escolar en el contexto de la Carta de derechos de 1982 y las reformas constitucionales por la vía pacticia en el tema de la confesionalidad, véase el trabajo de E. CAPARRÓS citado anteriormente.

⁵² *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1989), 52 DLR (4th) 577 (Ont.C.A.)

⁵³ «The exemption provision imposes a penalty on pupils from religious minorities who utilize it by stigmatizing them as non-conformist and setting them apart from their fellow students who are member of a dominant religion», *Zylberberg*, *Ibid.* p. 562. También se repiten las mismas consideraciones en la exposición del caso *Elgin County: Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 65 DLR (4th) 1 (Ont.C.A.)

De manera semejante, en *Elgin County*⁵⁴ un grupo de padres buscó la impugnación de un reglamento escolar que preveía la instrucción de contenidos religiosos en clase dos veces a la semana. El tribunal concluyó que tanto el objetivo como los efectos de la normativa violaban el artículo 2 con la presión ejercida sobre los no cristianos o los no creyentes.

Estos casos nos conducen a valorar el papel del Estado en la promoción o no de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas. Aunque se debería buscar una igualdad de condiciones para todas las religiones en el aprovechamiento del espacio y del tiempo en la enseñanza pública, una lectura atenta de *Zylberberg* recuerda que cualquier tipo de práctica religiosa a la que se requiera al estudiante asistir, contraviene el contenido del derecho de libertad religiosa. Estas dos sentencias nos ayudan a fijar los límites de la permisibilidad estatal en la enseñanza religiosa. Por una parte, se sabe que el Estado tiene la obligación de promover la religión siempre que sus acciones no supongan una coerción para los miembros de otros credos o no creyentes; pero por otra, y a pesar de las excepciones previstas, cualquier actividad con finalidad religiosa es inevitablemente coercitiva para algunos terceros y por lo tanto, debe ser prohibida.

Quizás la solución esté en clasificar las actividades a desarrollar en los centros públicos en tres categorías diferentes: religiosas, antirreligiosas y no religiosas. Sin embargo, el problema persistiría a la hora de seleccionar las actividades en una u otra categoría, ya que toda caracterización conlleva una valoración bien objetiva o bien subjetiva. Una actividad es muy susceptible de desarrollar unos efectos que, desde el punto de vista de subjetivo del creyente, pueden perjudicar el ejercicio de su libertad religiosa; mientras que, desde el punto de vista objetivo del Estado, es una simple actividad «no religiosa» en consonancia con los valores que protege el artículo 1 de la Carta. Alcanzado este punto, nos volvemos a situar, una vez más, en el diferente alcance del derecho de libertad religiosa que deriva de la valoración distinta que hace el Estado y el ciudadano. Mientras parte de la jurisprudencia estima, que es suficiente el argumento de los beneficios positivos que ejerce una determinada instrucción religiosa sobre la moralidad de los estudiantes, en consonancia con el artículo 1; otro sector jurisprudencial ha concluido que hay otros métodos alternativos para enseñar ética y moral prescindiendo de los impartidos por las confesiones religiosas. La mayoría de la jurispuden-

⁵⁴ *Elgin County: Canadian Civil Liberties Association V Ontario (Minister of Education)* (1990), 65 DLR (4th) 1 (Ont. C. A).

cia ha coincidido en que no habría inconveniente en autorizar una enseñanza religiosa, siempre y cuando se respete la línea divisoria entre la indoctrinación y la educación: ¿es posible distinguir nítidamente una de otra?⁵⁵

Por último, los magistrados del Tribunal de Apelación en *Zylberberg* cometieron un grave error afirmando que cualquier ley que prescriba ejercicios religiosos en los colegios públicos es inconstitucional por el simple hecho de promover y promocionar actividades de este tipo: en *Big M*, nada se argumentó para sostener la idea de que una ley con objetivos principalmente religiosos fuera inconstitucional en su raíz por este motivo exclusivamente.

2. *La subvención estatal a los centros religiosos de enseñanza básica*

Mientras la jurisprudencia ha indicado que no existe obligación constitucional de subvencionar la enseñanza básica a las minorías religiosas que no se enumeran en el artículo 93, una comprensión más rica y más detenida del derecho a la igualdad considerando el valor intrínseco de cada religión, nos lleva a indicar lo apropiado que resulta hacer extensible estas subvenciones estatales a aquellos credos cuyos derechos no se garantizaron en el Pacto Constitucional de 1867. Si, por el contrario, se quiere sostener que las escuelas de artículo 93 tienen un lugar especial del que viene excluido el resto, el TS tendría que concluir que la sociedad de hoy en día está ligada a una educación pública y a la neutralidad, excepto a lo garantizado históricamente. Este último planteamiento entraría en contradicción con el deber estatal de la promoción efectiva de la libertad religiosa.

El tema de la constitucionalidad o no de las subvenciones estatales a determinadas confesiones ha sido analizado en la sentencia *Adler*⁵⁶ del TS. En el recurso, un grupo de padres judíos y protestantes en Ontario invocan el artículo 15 y el artículo 2 de la Carta de Derechos en busca de subvenciones estatales para las escuelas religiosas a las que estiman como imprescindibles para la correcta educación de sus hijos.

Los nueve jueces del TS no alcanzaron la unanimidad pero coincidieron en las siguientes consideraciones: el Pacto histórico que recoge el artículo 93 de la Ley Constitucional de 1867 debe ser salvaguardado; en aras de la coherencia de los textos constitucionales, el artículo 29 de la Carta de Derechos⁵⁷ dispone que el articulado de la Carta no afectará a los derechos

⁵⁵ Véase al respecto, los argumentos de DAVID M. BEATTY, *supra* nota 22, pp. 137-138.

⁵⁶ *Adler v. Ontario* (1996) 3 SCR 609.

⁵⁷ En su versión original dice así: «Nothing in this Charter abrogates or derogates from any

y privilegios garantizados por la Constitución en relación con las escuelas separadas confesionales; lo constitucionalmente exigible son las subvenciones a las escuelas católicas de Ontario y a las protestantes de Québec; las subvenciones a las escuelas confesionales católicas en la Ley de Ontario no vulneran el artículo 2 de la Carta .

Siete de los jueces que constituyeron la mayoría consideraron que las subvenciones no atentaban al derecho a la igualdad del artículo 15. Los dos jueces que estimaron lo contrario lo hicieron basándose en razonamientos distintos:

Por un lado, MacLachlin estimó que la vulneración del artículo 15 había sido causada por una discriminación indirecta –*adversed effect discrimination*–, puesto que el sistema escolar público no estaba disponible igualmente para cualquier confesión religiosa. De modo que se estaba imponiendo un gravamen financiero a aquellos que buscaban la educación religiosa fuera del sistema público. Sin embargo, MacLachlin consideró que la justificación de esta discriminación residía en el contenido del artículo 1, ya que una sociedad multicultural pluralista necesita un sistema escolar objetivo tolerante y neutro.

Por otro lado, la magistrada L'Heureux-Dubé coincidió con McLachlin que existía una vulneración del artículo 15 si se admitía la negativa a subvencionar; pero disiente del primero en la justificación hecha valiéndose del artículo 1. En su opinión, la negativa a una subvención viola el derecho a un trato igual a los grupos minoritarios religiosos. Deberían ofrecerse ayudas parciales a las escuelas religiosas en proporción al objetivo estatal a conseguir: la realización de un sistema educativo público, tolerante y accesible a todos por igual; de esta forma se garantizaría el respeto que se merece cualquier grupo religioso en una sociedad secular. Por esta razón, una vez se haya probado la discriminación indirecta alegada a una minoría, se debe dar paso al acomodo de una subvención parcial en el sistema de financiación de la enseñanza pública.

La reacciones que han provocado en la doctrina los comentarios de los jueces en *Adler* han sido muy variadas. Parte de la doctrina⁵⁸ sostiene que tras *Adler* no existe obligación constitucional estatal de financiar escuelas confesionales; mientras que otro sector⁵⁹ sostiene que la sentencia no prohi-

rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissenting schools»

⁵⁸ WINKLER y KATHERINE SWINTON, *supra* nota 10.

⁵⁹ En especial, las tesis mantenidas por M. H. OLGIVIE, «*Adler v. Ontario: Preconceptions,*

be la financiación estatal, sino que deja abierta la puerta a la oportunidad o inoportunidad política de subvencionar las escuelas de las minorías religiosas. Es decir, no se plantearían obstáculos constitucionales para que fondos públicos financiaran escuelas privadas, entre ellas, las escuelas privadas confesionales de otros credos. Las competencias para proceder o no a subvencionar otras escuelas serían de las provincias que tienen cedidas las competencias en materia de educación. Esta solución subraya la posibilidad de ofrecer estas subvenciones, no la obligatoriedad de su imposición⁶⁰.

Concluyendo, un sistema educativo secular en Canadá puede ser considerado como muy aceptable para los miembros de ciertas religiones o para aquellos que no profesan ninguna. Sin embargo, se califica como inaceptable para las religiones, como la de los litigantes en *Adler*, que se ven gravados con costes adicionales para educar a sus hijos en la religión a la que están adheridos.

Si se hacen extensibles las ayudas estatales a todo grupo religioso, se corre el riesgo de galvanizar/atomizar un sistema que promueve y educa en unos valores comunes basados en la tolerancia y en el respeto a la diferencia: promover la atomización es promover la diferencia.

El debate sobre las escuelas confesionales se incrusta en el debate sobre el multiculturalismo en la sociedad canadiense: ¿debería el Estado prohibir la discriminación y proveer lugar adecuado a las minorías raciales, culturales o religiosas? o ¿debería ir más allá y promocionar las diferencias aun cuando riñan, colisionen o rocen la protección de otros valores?

IV. CONCLUSIÓN

El derecho a la libertad religiosa es un buen ejemplo del valor intrínseco de los derechos fundamentales. Su desarrollo es vital para expresar y confirmar la identidad de la persona y del grupo, sea minoritario o no. En una sociedad multicultural liberal, el Estado no sólo debe impedir cualquier violación de este derecho fundamental, sino que tiene el deber de garantizar y promover su pleno desarrollo, a través de los esfuerzos legislativos pertinentes. En ocasiones, se realizará dando acomodo a las prácticas religiosas,

Myths (or Prejudices) about Religion in the Supreme Court» (1998) *National Journal of Constitutional Law*, vol. 9, pp. 79-95.

⁶⁰ Véanse las consideraciones del juez Iacobucci pp. 648-641 y del juez Sopinka p. 685 vertidas al respecto en *Adler*, supra nota 50.

otras veces, mediante particulares excepciones a leyes generales. En todo caso, considerar los desafíos que una sociedad como la canadiense, que se reconoce constitucionalmente como multicultural, debe afrontar para integrar minorías religiosas que cuestionan a la misma democracia liberal, nos sitúa ante las siguientes cuestiones estimulantes: ¿qué se pretende cuando se está acomodando al ciudadano que ejerce el derecho a la diferencia?, ¿qué valor y lugar ocupan en la sociedad lógicas que se presentan como alternativas al discurso liberal?, ¿cómo evaluar la discriminación indirecta que se provoca con ciertas políticas públicas estatales?

La jurisprudencia canadiense ha señalado que favorecer a determinadas minorías religiosas es una manifestación del desarrollo completo de la libertad religiosa. La igualdad entre los miembros y grupos de una sociedad no implica un trato igual, sino igualdad en los resultados, en el logro efectivo de la realización de la libertad religiosa. Por tanto, es deber del Estado fomentar y promocionar la integración plena de toda minoría religiosa. El problema, como de costumbre, radica en el modo de hacerlo y en los costes sociales, e incluso filosóficos, que esto entraña.