

4. El Poder Judicial y las minorías religiosas

El otro guardián encargado de salvaguardar el pluralismo cultural es el Poder Judicial, que, junto con el Legislativo, comparte la tarea de garantizar el respeto de las minorías.

El papel de la jurisprudencia —como se ha mencionado anteriormente— es más relevante en los ordenamientos del *Common Law*, en los cuales el juez, mediante la inducción, extrae los principios generales de la disciplina al caso concreto, adoptando, de este modo, una posición central en el sistema de producción del derecho e influenciando, de manera más o menos importante, la actividad del legislador.

Sin embargo, la perspectiva jurisdiccional asume una importancia particular también en los sistemas de *Civil Law*, en virtud de su posición de avanzada en la tutela de los derechos, configurando una especie de “anticipación” por parte del juez respecto al legislador en la garantía de los derechos.

De hecho, la ley que constituye el compromiso entre las fuerzas políticas y sociales dominantes, pero sustancialmente homogéneas, no puede ser reconocida como norma válida *erga omnes* cuando la comunidad en la que se va a aplicar presenta una composición heterogénea y plural, irreducible a un *unicum*. Dicha conclusión se explica por el hecho de que las sociedades no son sustancialmente cohesivas como en el pasado (de hecho, estamos muy lejos del Estado monoclase burgués), sino que constituyen un *puzzle* heterogéneo de sujetos que adoptan ideales y valores muy distintos (cuando no antitéticos respecto a la mayoría de la comunidad donde viven).

26 / Eleonora Ceccherini

La generalidad y abstracción, que son propiedades caracterizadoras de las normas, no embonan con el cúmulo de casos concretos, cuyas regulaciones no pueden alcanzarse mediante un compromiso legislativo, dada la heterogeneidad de los componentes sociales y políticos difícilmente reductibles a una matriz unitaria, necesaria para la aprobación de una norma. El equilibrio entre los múltiples intereses parece más difícil y complejo a nivel legislativo, y es por esto que el Parlamento y sus fuentes no están en condiciones de ofrecer respuestas adecuadas a las dificultades del presente y a los múltiples desafíos que se les presentan.

En este panorama, la función jurisdiccional se muestra más idónea para mitigar las transgresiones que suceden al interior de la comunidad, porque su función estructural se orienta a resolver un caso concreto, específico, en el que el logro de un compromiso es más sencillo. En esencia, una sentencia presenta características más adecuadas en comparación con la ley, ya que no tiene la pretensión de proporcionar una solución válida para todos y cada uno de los casos en abstracto, sino que se limita a ofrecer una solución a una controversia, cuyas consecuencias no derivan en un alcance norma universal sino particular. De esta manera se socava la tesis liberal del Estado mediador que, a través del acto legislativo, expresa la síntesis de los diversos intereses provenientes de la sociedad civil.

Desde esta perspectiva, la inercia del legislador frente a los desafíos contemporáneos relativos a los grandes temas especialmente controversiales de esta época, tales como la bioética o el multiculturalismo, es más fácil de comprenderse y menos censurable porque muestra la insuficiencia de su función. Esto es así porque es incapaz de generar el tejido conector que en el pasado era posible en virtud de la compartición de valores comunes. Es por ello que parece convincente la reflexión de quien identifica al Poder Judicial “como órgano de la sociedad civil abierta, tanto cosmopolita como global; órgano «comunicador» por excelencia”⁴⁹ que,

⁴⁹ Volpe, L., *La giurisprudenza come itinerario comunicativo tra sistemi di diritto*,

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 27

además, se acredita como garante porque en lugar de manifestar las expresiones de la mayoría, constituye una expresión de la imparcialidad con respecto a las partes actoras.⁵⁰

Por lo tanto, la función renovada del juez constituye la característica de mayor interés en esta fase del constitucionalismo, en la cual el Poder Judicial no se configura ya como un poder nulo, según la visión ofrecida por Montesquieu, sino como una instancia unificadora, casi supletoria, del Poder Legislativo, que logra superar las eventuales lagunas del ordenamiento. Favorecen a esta reconstrucción las intuiciones de quienes han subrayado que las fuentes políticas se complementan con las fuentes culturales (en especial las jurisprudenciales), que se

...realizan cuando las normas jurídicas provienen de las experiencias del pasado (costumbre y precedentes) o del análisis racional de los fenómenos jurídicos (doctrina y jurisprudencia) sobre el supuesto de que el derecho no constituye sólo la aplicación de la voluntad del soberano —sea el pueblo, la asamblea o un tirano—, sino que responde, además, a una necesidad de justicia racionalmente determinada.⁵¹

El proceso decisivo se encuentra, entonces, orientado hacia la búsqueda de una *reasonable accommodation*, un principio desde el cual las normas de derecho positivo pueden ser derogadas para salvaguardar la aplicación de preceptos culturales o religiosos de los individuos. Dicha técnica decisoria consta en la jurisprudencia de origen anglosajón, en especial la canadiense. En el país norteamericano los jueces supremos han utilizado esta técnica interpretativa para armonizar el respeto al principio de igualdad y la protección de las diferencias, sobre todo de carácter religioso.

texto presentado en el seminario *Quali "vie di comunicazione" del costituzionalismo contemporaneo? Ipotesi a confronto* (25 y 26 de septiembre de 2009, Universidad de Trento, *Devolution club*).

⁵⁰ Guazzarotti, A., *Giudice e minoranze religiose*, Milán, 2001, pp. 51 y ss.

⁵¹ Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, Milán, 1998, p. 263.

28 / Eleonora Ceccherini

La peculiaridad distintiva de la *legal reasoning* consiste en mantener inalterada la regla general, prefigurando su aplicación, que mantiene su núcleo prescriptivo pero neutraliza sus efectos generalizadores, reconduciéndola a una decisión estrictamente acotada a las exigencias del demandante. La *reasonable accommodation* se limita sólo a individualizar una solución que deja inalterada la regla, adaptándola a circunstancias contingentes.

Resulta útil recordar dos sentencias de la Corte Suprema canadiense que dan cuenta de la técnica de la *reasonable accommodation* y que reflejan adecuadamente la aporía aparente entre el mantenimiento de la regla y la previsión de la excepción: el primero es el caso *Amselem*⁵² y el segundo el caso *Multani*.⁵³

En el primero se juzgó la legitimidad de un requerimiento que imponía la remoción y la eventual destrucción de algunas cabañas temporales, llamadas *succahs*, que algunos condóminos de religión judía habían construido en las terrazas de los condominios del propio palacio para celebrar el *Succot*, no obstante que el reglamento de condominios (que habían suscrito conscientemente) lo prohibiese.

La Corte Suprema, al resolver el caso a favor de los creyentes, legitimó la desapplicación de la normativa de condominios porque consideró que las estructuras religiosas no afectan los derechos de propiedad de los demás condóminos ni constituían un peligro para la seguridad de las personas. Así que determinó que la excepción estaba justificada por el deber de realizar una *accommodation* entre la protección de la libertad religiosa y el cumplimiento de la normativa general.

El *Justice* Lacobuci, ponente de la opinión mayoritaria, sostuvo que:

In a multiethnic and multicultural country such as ours, which accentuates and advertises its modern record of respecting cul-

⁵² *Syndicat Northcrest v. Amselem* (2004), 2 S. C. R. 551, 2004 SCC 47.

⁵³ *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 S. C. R. 256.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 29

tural diversity and human rights and of promoting tolerance of religious and ethnic minorities—and is in many ways an example thereof for other societies—, the argument of the respondent that nominal, minimally intruded-upon aesthetic interests should outweigh the exercise of the appellants' religious freedom is unacceptable. Indeed, mutual tolerance is one of the cornerstones of all democratic societies. Living in a community that attempts to maximize human rights invariably requires openness to and recognition of the rights of others. In this regard, I must point out, with respect, that labelling an individual's steadfast adherence to his or her religious beliefs "intransigence", as Morin J. A. asserted at para. 64, does not further an enlightened resolution of the dispute before us.

Como se ha señalado anteriormente, la legitimación de una excepción basada en motivos religiosos, además de estar conforme al artículo 2o. de la Carta de Derechos y Libertades, constituye el presupuesto necesario para promover la tolerancia de las minorías étnicas y religiosas. La *exemption*, resultado del proceso de *accommodation*, constituye el medio a través del cual se cumple con uno de los objetivos que caracterizan al Estado, que consiste en favorecer la tolerancia y la coexistencia pacífica.⁵⁴

Otro caso de la Corte Suprema de Canadá digno de reflexión es *Multani*,⁵⁵ en el que se valoró la prohibición de portar armas al interior de las instituciones escolares. La controversia había surgido por el hallazgo de un *kirpan* (cuchillo ritual para los practicantes de la religión *sikh*) en una escuela, que había sido perdido por un alumno, quien hasta ese momento lo había por-

⁵⁴ Woehrling, J., "La Cour Suprême du Canada et la liberté de religion", *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 62, 2005, pp. 404 y ss.; Dicosola, M., "Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello stato. El principio del duty to accommodation", en Rolla, G. (ed.), *Eguali, cit.*, p. 143; Rolla, G., "Alcune considerazioni sulla tutela della libertà religiosa negli ordinamenti multiculturali", en Rolla, G. (ed.), *Libertà religiosa e laicità*, Nápoles, 2009, pp. 44 y ss.

⁵⁵ Entre los múltiples comentarios: Bauman, R., "Multiculturalism and Religion in Canada: The *Kirpan* Case", en Amirante, D. y Pepe, V. (eds.), *Stato democratico e società multiculturale*, Turin, 2011, pp. 47 y ss.

30 / Eleonora Ceccherini

tado bajo su ropa. Debido a la precisión del reglamento escolar, que prohibía la introducción de armas en el recinto escolar, las autoridades escolares prohibieron al menor la posesión del arma, puesto que se consideraba como potencialmente peligrosa para la comunidad escolar. Sin embargo, el órgano judicial supremo sostuvo que el cuchillo —siempre y cuando estuviera guardado en un lugar cerrado y se tomaran algunas precauciones— podía ser portado en la escuela.⁵⁶

Los jueces no cuestionaron la legitimidad del reglamento escolar, que excluía la portación de armas al interior de la institución escolar, pero apelaron a la aplicación del artículo 24 de la Carta de Derechos y Libertades que legitima a los órganos jurisdiccionales para desaplicar una regla que transgreda los derechos establecidos en el catálogo de derechos. Desde esta perspectiva, se retoma el principio de la *reasonable accommodation* que concilia el objetivo de mantener la seguridad en las escuelas con el deber de proteger la libertad religiosa del estudiante, permitiéndole portar el cuchillo. De esta manera, correspondería a los profesores el deber de explicar a sus alumnos las razones de la excepción reconocida a su compañero, en cumplimiento de su deber de promoción de la tolerancia y del respeto a las minorías, que constituyen los valores fundantes de la sociedad canadiense.⁵⁷ Los antecedentes jurisprudenciales que habían confirmado

⁵⁶ La Corte Suprema consideró que debía acoger la propuesta realizada por los profesores y a la que se había opuesto el consejo escolar, que disponía que: a) el cuchillo debía ser portado bajo la ropa; b) el *kirpan* debía ser puesto en una caja de madera, y que a su vez estuviera metida en una funda cocida por todos los lados; c) que el estudiante debía asegurarse siempre de tener el objeto en su posesión y, en caso de extravío, comunicarlo inmediatamente a las autoridades escolares; d) el estudiante podía ser sometido a revisiones para verificar que efectivamente se cumpliera con las condiciones de custodia del cuchillo; e) en caso de que alguna de tales indicaciones no fuera respetada, se contemplaba la pérdida del derecho del estudiante a usar el cuchillo. Una decisión similar en los Estados Unidos la encontramos en el caso *Cheema v. H Thompson* (36 F3d 1102) de 1994, en la que el Tribunal se refiere a la obligación de hacer una *accommodation* entre la libertad religiosa reconocida por la Primera Enmienda y la seguridad al interior de la escuela, sugiriendo mantener el *kirpan* en una funda o estuche.

⁵⁷ Woehrling, J., "La Cour Suprême du Canada et la liberté de religion", *Revue fran-*

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 31

la prohibición de la portación del *kirpan* al interior de los aviones y en las salas de los tribunales no fueron considerados idóneos para orientar de manera distinta la decisión de los jueces, estimando que la seguridad en las escuelas es menos prominente.⁵⁸

A pesar de no haber sido referida expresamente, el criterio de la Corte Suprema dirige su atención a una decisión similar emitida en los Estados Unidos, en el caso *Cheema v. H. Thompson*,⁵⁹ en la que el tribunal tuvo que encontrar una *accommodation* entre la libertad religiosa protegida por la Primera Enmienda y la seguridad al interior de la escuela, sugiriendo mantener el *kirpan* en una funda tejida.

Sin embargo, la *reasonable accommodation* se erige sobre una frontera movable, cuya ubicación cambia en el tiempo y en el espacio y cuya incertidumbre potencial de resultados no ofrece tranquilidad a la comunidad social, que preferiría una aplicación más condescendiente con la conciencia colectiva dominante. No obstante, también es cierto que la salvaguardia del pluralismo no puede traducirse en una abdicación por parte de los poderes públicos ante los principios característicos del Estado de derecho. En consecuencia, el recurso de la *accommodation* presenta un grado de aplicación incierto y expresa siempre una tensión entre la dimensión pública y la propiamente cultural.

A continuación se exponen algunos ámbitos en los que el contraste entre la pertenencia religiosa (y cultural) y el ordenamiento general entran en conflicto, evidenciando las dificultades que conlleva la solución del conflicto.

caise de droit constitutionnel, núm. 62, 2005, pp. 404 y ss.; Loprieno, D. y Gambino, S., "L'obbligo di «accomodamento ragionevole» nel sistema multiculturale canadese", en Rolla, G. (ed.), *L'apporto della Corte suprema*, cit., pp. 217 y ss.; Olivetti Rason, N., "La giurisprudenza della Corte suprema del Canada", *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 5, 2006, pp. 3661 y ss. En sentido contrario véase *Hothi et al. v. Regina - 3 Western Weekly Reports* 256 (1985), 35 *Manitoba Reports* 2d 159 8 1985, en el que el juez negó al acusado *sikh* portar su *kirpan* en la sala del tribunal.

⁵⁸ *Hothi v. R.* [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) (aff'd [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.)), and *Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd.* (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Can. Trib.).

⁵⁹ (36 F3d 1102) de 1994.