

Encrucijadas de la laicidad

ISABELLE DESBARATS
BLANDINE CHELINI-PONT
JEFFERSON APARECIDO DIAS
ELENA SORDA



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



Encrucijadas de la laicidad

Isabelle Desbarats
Blandine Chelini-Pont
Jefferson Aparecido Dias
Elena Sorda

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie CULTURA LAICA, núm. 7

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Diseño de interiores

Miguel López Ruiz
Leslie Cuevas Garibay
María Teresa de Jesús Baena Sánchez
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Arturo de Jesús Flores Ávalos
Elaboración de portada

Isabelle Desbarats
Blandine Chelini-Pont
Jefferson Aparecido Dias
Elena Sorda

Encrucijadas de la laicidad

Prólogo de Pauline Capdevielle



*Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas*

PEDRO SALAZAR UGARTE
PAULINE CAPDEVIELLE

*Coordinadores
de la Colección Cultura Laica*

Primera edición: 20 de marzo de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6504-4

Contenido

Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad	IX
Pauline CAPDEVIELLE	
EL CASO BABY LOUP EN FRANCIA: ¿CUÁL DEBE SER EL LUGAR DE LA RELIGIÓN EN EL TRABAJO EN UN CONTEXTO LAICO?	1
Isabelle DESBARATS Blandine CHELINI-PONT	
1. Introducción: el caso Baby Loup, revelador de las tensiones y de las evoluciones francesas.	1
2. Un derecho y una opinión pública refractarios a la expresión religiosa en las organizaciones privadas	7
A. Una preservación casi absoluta de la libertad de conciencia	8
B. Una protección muy relativa de las manifestaciones confesionales	10
C. Las iniciativas públicas favorables a una “privatización” del principio de laicidad.	13
3. El surgimiento de nuevas prácticas profesionales y gestión de la diversidad religiosa en el trabajo	16

VI / Contenido

A. Un contexto en evolución: los nuevos desafíos de la diversidad cultural y religiosa	17
B. El surgimiento de prácticas profesionales “inclusivas”	22
4. El caso Baby Loup	24
A. ¿Seis interpretaciones sucesivas?	24
B. El rodeo europeo	26
C. El resultado obtenido: no es posible calificarse como servicio público para imponer al personal el principio de laicidad	28
D. La solución de transacción de la Corte remitente: la empresa de “tendencia”.	29
E. La respuesta final de la Asamblea plena de la Corte de casación: ¿una vuelta a los orígenes?	33
5. Algunas consideraciones finales	34
LA EXPRESIÓN “ALABADO SEA DIOS” EN LOS BILLETES BRASILEÑOS DE REAL.	39
Jefferson APARECIDO DIAS	
1. Introducción	39
2. La historia de las monedas brasileñas	40
3. La inclusión de la expresión	43
4. El preámbulo de la Constitución	48
5. Las inconstitucionalidades observadas.	51
A. Violación al principio de la igualdad	51
B. Violación al principio de la libertad	53
C. Patrimonio cultural.	57

D. Violación a la laicidad del Estado	61
E. Violación al principio de la legalidad	69
F. Violación al principio de la impersonalidad	74
6. Los efectos financieros de la retirada de la expresión .	76
7. Aspectos religiosos	78
8. Conclusiones	79
LAS EMPRESAS DE TENDENCIA DE TIPO CONFESIONAL ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.	83
Elena SORDA	
1. Introducción	83
2. Nociones y elementos problemáticos.	84
3. La disciplina de la Unión Europea. Breves notas	87
4. El sistema europeo de protección de los derechos: dis- ciplina y jurisprudencia	92
A. Tendencia y prestación laboral	96
B. Tendencia y elecciones personales del trabajador. .	104
5. Algunas observaciones finales sobre las argumen- taciones deducidas y los criterios del TEDH.	122
6. Bibliografía	125

Prólogo.

De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad

Este libro reúne tres ensayos, que son tres ilustraciones de las problemáticas y dilemas asociados con el Estado laico y las libertades de conciencia, de culto y de religión, en el contexto del creciente pluralismo que caracteriza nuestras democracias contemporáneas. Muestran que lejos de presentarse como un tema decimonónico, la cuestión de la laicidad y de las relaciones entre el Estado, la sociedad y las religiones, está lejos de haberse agotado, y constituye, mejor dicho, un debate persistente, que retan las proyecciones prevalecientes hace no tanto tiempo, las cuales predecían la desaparición, o por lo menos el arrinconamiento, de la fe en la modernidad. Estos textos son también reveladores de las diferentes dimensiones de la problemática. Más allá de la cuestión de las relaciones entre el Estado y la religión —que dominaba tradicionalmente la materia—, examinan la laicidad desde el mirador de los derechos fundamentales de los individuos, en particular sus libertades de conciencia, de culto y de religión, de expresión, de reunión y de asociación. En este sentido, todos apuntan en entender al Estado laico como un dispositivo jurídico-político, cuyo fin es la preservación de las libertades fundamentales de todos los individuos, en un contexto de tolerancia y paz civil.

Ahora bien, cada ensayo busca responder, a su manera, a la pregunta de cómo se articulan las diferentes piezas de este rompecabezas que busca diseñar, al final, la mayor protección posible a la libertad e igualdad de los individuos y grupos, sin que unos puedan imponer a los demás sus creencias, sus va-

X / Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad

lores y su pautas de comportamiento. Estas piezas, estos fragmentos, los constituyen los bienes, valores y principios que toda sociedad democrática considera valiosos: el principio de autonomía entre el Estado y las Iglesias, la neutralidad religiosa de la autoridad pública en vista de la igualdad de los ciudadanos, la preservación de las libertades fundamentales tanto a nivel individual como colectivo, la tolerancia entre los diferentes miembros de la sociedad, la disociación entre ley civil y ley religiosa, etcétera.

Desde esta perspectiva, todos estos elementos apuntan hacia un mismo panorama: el respeto de los planes de vida de cada persona en condiciones de igualdad, en un contexto social tolerante, arbitrado por un Estado imparcial en materia religiosa, garante de las libertades y del pluralismo religioso y filosófico. Y ello porque los elementos básicos de la laicidad —libertad, igualdad y autonomía entre el Estado y las Iglesias— se refuerzan entre sí: la separación es condición de la neutralidad del Estado en materia religiosa, y de allí, de igualdad y no discriminación de los individuos; también, es la condición de la libertad de los grupos religiosos y de las personas, los cuales pueden definir sus opciones fundamentales y practicar su culto en igualdad de condiciones. Un principio robusto de igualdad permite que la libertad de cada uno se acomode con la de los demás, y ambos crean un obstáculo a una separación intransigente que restringiría los derechos en lugar de garantizarlos. Ya lo entendemos, el principio de separación del Estado y de las Iglesias no es un fin en sí mismo, sino un principio ordenador de la acción estatal, que funge como medio para garantizar las libertades fundamentales garantizadas por el constitucionalismo, en el marco de sociedades plurales.

Sin embargo, el concepto de laicidad no está exento de algunas complejidades y tensiones, especialmente cuando está confrontado a la prueba de las situaciones concretas. Los casos analizados en estos ensayos lo muestran claramente: la complejidad que nace de la *praxis* contrasta tajantemente con el

Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad / XI

buen ordenamiento de la teoría. Estas diferentes piezas que componen el concepto de laicidad ya no se acomodan entre sí de manera evidente, sino al contrario, parecen entrar en conflicto. Como el caso de la empleada de confesión musulmana que fue despedida por haber querido expresar sus convicciones religiosas en una guardería infantil que se define expresamente como laica y neutral respecto de las creencias religiosas; la situación de un ateo en Brasil que objeta la inscripción de una mención religiosa en los billetes nacionales, en una sociedad que se identifica ella misma como cristiana; por lo que es en estos casos en los cuales el trabajador de una empresa o de una institución de orientación confesional quiere expresar su libertad de conciencia y su autodeterminación para definir sus planes de vida ante su empleador. En todos estos casos difíciles están involucrados principios resguardados por la laicidad, en particular los de libertad de conciencia y de religión, de igualdad y de no discriminación. ¿Cómo entonces dirimir los conflictos cuando todos apelan a unos mismos valores para justificar sus pretensiones?

Es precisamente por esta ambigüedad que estos textos fueron compilados bajo el título de *Encrucijadas de la laicidad*, que, me parece, expresa bien la idea de casos complicados y de situaciones cargadas de dudas y dilemas. Las encrucijadas muestran rutas diferentes y bifurcaciones, y requieren tomar una decisión acerca de qué dirección seguir. No podemos ocultar que la laicidad tiene en su seno ciertas tensiones, que crean zonas grises en cuanto a su alcance y aplicación. Es, por ejemplo, su pretensión amparar a la vez la libertad de conciencia del individuo y la libertad religiosa del grupo, cuando sabemos que ambas libertades son difícilmente compatibles; su reivindicación de neutralidad cuando exigimos al Estado laico la protección activa de todas las personas y grupos que se encuentran en situación de desventaja y discriminación respecto de la mayoría; su compromiso a favor de la libertad de creencias, de

XII / Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad

religión y de culto, que puede tropezar con su herencia ilustrada, que afirma la supremacía de la razón sobre la fe.

En lugar de ocultar estas tensiones, o de definir de una vez por todas hacia qué lado debe inclinarse la balanza, estos trabajos revelan que el principio de la laicidad ha de buscarse precisamente en esta dialéctica, cuando se ponen a debate sus diferentes componentes, para finalmente acercarse a la gestión más justa posible de la diversidad de convicciones religiosas, ateas, agnósticas, filosóficas o humanistas que conviven en la sociedad. En este sentido, la laicidad ha de entenderse como un principio dinámico, que activa sus diferentes elementos en un movimiento de pesos y contrapesos, y ello para cumplir con su finalidad de garante de la paz social, de árbitro de las tensiones, de protector de los derechos y libertades fundamentales. En otras palabras, una “laicidad activa”, que lejos de significar inacción o indiferencia estatal, se compromete en favor de los derechos de los más débiles y de un concepto robusto de igualdad y de no discriminación.¹

Esta necesidad de pensar la laicidad como árbitro de los conflictos y tensiones es conforme con su origen mismo, pues recordemos que la tolerancia religiosa —primer paso hacia una teoría laica— surge precisamente cuando se entiende que solo un vínculo de libertad puede mantener una paz genuina en el contexto de las guerras religiosas que sacudieron a Europa en el siglo XVI. En este sentido, la laicidad es un principio de la convivencia que debe (re)pensarse de manera constante a la luz de los problemas concretos que nacen de la práctica, lo que excluye la existencia de soluciones *llave en mano*, sino al contrario, la necesidad de su reinención constante para adaptarla a los nuevos desafíos contemporáneos. De hecho, este carácter evolutivo se refleja en su vocabulario mismo: laicismo, laicidad

¹ Sobre el concepto de “laicidad activa”, véase Vázquez, Rodolfo, “Democracia y laicidad activa”, en Salazar Ugarte, Pedro y Capdevielle, Pauline (coords.), *Colección Jorge Carpizo. Para pensar y entender la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez”-IIDC, 2013, pp. 12 y ss.

Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad / XIII

de combate, laicidad abierta, tolerante, positiva, nueva laicidad, etcétera. Más que confrontar estas expresiones, o descartarlas sobre el motivo de que sólo existe una laicidad *genuina*, me parece que muestran su flexibilidad y su adaptación a las problemáticas sociales e históricas, y la imposibilidad de pensarla *in abstracto* cuando busca resolver las disputas y dificultades que nacen del ejercicio de las libertades.

Sin embargo, no debe pensarse, que la laicidad, por su carácter dinámico y adaptativo, significa *tout et son contraire*. Es decir, que fuera una especie de masa tan maleable que perdiera todo significado sino que ha de entenderse a partir de un núcleo duro —no negociable—, que consiste en la autonomía efectiva del Estado y de las Iglesias, la sujeción de éstas a las leyes del Estado, la imparcialidad del Estado en materia de creencias y dogmas, la garantía de igualdad y de no discriminación de los individuos, así como el genuino respeto de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de todos los miembros de la sociedad, solos o asociados con otros. Sobre esta base, diferentes acomodos son posibles, y dependerán de la historia y de la cultura de cada país, de sus dinámicas sociales, tradiciones y grados de pluralismo y secularización. Así las cosas, cada país tiene su propia laicidad o sus propios elementos de laicidad, y armoniza a su manera sus principios rectores.²

La problemática de la contextualización de la laicidad en función de las diferentes tradiciones nacionales encuentra una buena ilustración en el primer ensayo de esta compilación, relativo al significado y alcance de la laicidad en Brasil. A partir del caso de la inscripción de la mención “Alabado sea Dios” en los billetes nacionales, Jefferson Aparecido Dias nos invita a reflexionar sobre la cuestión de la neutralidad o imparcialidad del Estado en una sociedad caracterizada por un grado importante de religiosidad. Si bien pareciera una obviedad decir que el Estado laico ha de garantizar por igual el derecho a creer y a

² Véase la Declaración Universal de la Laicidad en el Siglo XXI, en particular sus principios fundamentales.

XIV / Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad

no creer, la idea según la cual los creyentes se deben beneficiar de una protección reforzada respecto de los no creyentes es bastante común. Basta con recordar las recientes declaraciones del juez Antonin Scalia de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien afirmó que la Constitución federal sólo garantiza la libertad *de* religión y no la libertad *hacia* la religión, y por lo tanto, permite favorecer la religión sobre la no religión.³ Los defensores de esta visión suelen apoyarse en las ideas de tradición, historia o cultura, haciendo hincapié en el papel de la religión en la construcción de una identidad nacional y la defensa del interés de la mayoría. Replicaremos, retomando a Dias, que el argumento de la tradición es falaz, pues puede justificar toda clase de retrocesos y atrocidades: la tradición no constituye en sí un argumento definitivo, sino que debe pasar por el tamiz de los valores constitucionales de libertad e igualdad. Respecto de la religión como cemento de la identidad nacional, es contundente la posición del autor cuando afirma que “no es la creencia en Dios la que distingue a los ciudadanos brasileños de los pertenecientes a otras naciones. Lo que distingue a los ciudadanos pertenecientes al pueblo brasileño en el universo de otros pueblos es el vínculo que tienen con el Estado brasileño, no la creencia en alguna divinidad”. El Estado, de acuerdo con su papel de garante de los derechos humanos, no tiene vocación de proteger a la mayoría, sino, al contrario, a amparar los derechos de las partes minoritarias.

Así las cosas, la identidad y la cohesión nacionales no pasan por la imposición de una actitud determinada hacia lo divino, sino por el concepto de ciudadanía, entendido como el conjunto de derechos y deberes que derivan de la pertenencia a una sociedad organizada. Ser parte de la ciudadanía implica que nuestras convicciones y planes de vida sean respetados por igual, y que

³ "Antonin Scalia Says Constitution Permits Court To 'Favor Religion Over Non-Religion'", *Huffington Post*, 10 de marzo de 2014, en http://www.huffingtonpost.com/2014/10/02/antonin-scalia-religion-government_n_5922944.html?ncid=fcbkInkushpmg00000013.

Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad / **XV**

tengamos acceso a la vida pública del país en las mismas condiciones. Esta exigencia, estrechamente vinculada con el proyecto laico, va en contrasentido de las constantes referencias religiosas que irrumpen en la esfera pública y que crean ciudadanos de segunda clase —los *otros*, que no pertenecen a la mayoría, que sufren en la integridad de sus conciencias, al ser confrontados de manera repetida a alusiones no compartidas—.

La preservación de la libertad de conciencia —libertad de creer o no creer, de cambiar de religión y de vivir de conformidad con sus convicciones fundamentales—, y de las demás libertades que derivan de ella, constituye sin duda el núcleo duro de la reflexión sobre la laicidad. Pues como empezamos a entenderlo, la garantía de las libertades es la finalidad misma del Estado laico como posibilidad de la convivencia pacífica en el contexto del pluralismo. De esta manera, no es de extrañar que esta preocupación se encuentre en los tres textos que conforman esta compilación. Ya lo vimos, Jefferson Aparecido Dias considera que la estricta neutralidad del Estado respecto de todas las opciones religiosas y filosóficas constituye la condición necesaria a la garantía de lo que llama “libertad de culto y de no culto”, poniendo énfasis, con esta expresión, en que la libertad en contexto laico abarca la posibilidad de no profesar religión alguna, precisión importante en el marco de sociedades caracterizadas por niveles importantes de religiosidad. En estos contextos, en efecto, el derecho a no creer o a no profesar el credo mayoritario se presenta como el derecho de las minorías a que sus opciones y planes de vida no sean condicionados por los valores dominantes, especialmente mediante la coacción de las leyes civiles.

En los dos textos siguientes —el primero de Elena Sorda, y el segundo de Blandine Chelini-Pont e Isabelle Desbarats—, la inquietud respecto del ejercicio de las libertades es verdaderamente central. Ya no se trata, como en el caso anterior, de la libertad individual frente a un Estado que se pronuncia de manera ilegítima en cuestiones de fe religiosa. Las situaciones se vuelven

XVI / Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad

más complejas al desarrollarse en el marco de las relaciones de derecho privado, en las que cada parte reclama por sí misma el beneficio del principio de libertad en uno de sus diferentes avatares –libertad de conciencia y de religión, de expresión, derecho a la intimidad y vida familiar, derecho de asociación y reunión, etcétera—. La complejidad aquí deriva del hecho de que todos los actores son personas privadas, titulares del mismo catálogo de derechos fundamentales, y que ninguno está vinculado por el principio de laicidad, lo cual, cabe recordarlo, sólo se aplica a la autoridad pública como obligación de neutralidad e imparcialidad hacia las diferentes creencias y convicciones fundamentales. En el contexto laboral, los empleadores solamente se encuentra, sujetos a la prohibición de discriminación; sin embargo, como bien lo muestran ambos ensayos, esta obligación es fuertemente matizada por el derecho reconocido a algunas empresas de desarrollar posiciones ideológico-confesionales. Estamos precisamente ante el complejo tema de las empresas *ideológicas* o *de tendencia*, lo cual ha sido ampliamente discutido a nivel europeo, ya sea ante la Tribunal Europeo de los Derechos Humanos o como en diferentes jurisdicciones nacionales. Una precisión sin embargo: si bien ambos trabajos tratan de este tema, el de Sorda gira en torno a las empresas que tienen exigencias religiosas hacia sus empleados, mientras el texto de Isabelle Desbarats y Blandine Chelini-Pont se concentra en el caso de una empresa que tiene exigencias filosóficas-laicas hacia sus trabajadores. Veamos.

En su trabajo, Elena Sorda hace un análisis profundo y sugerente de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, relativas a los conflictos entre empleados y las empresas de tendencia; eso es, “los entes cuyas actividades estaban indisolublemente conectadas a la búsqueda de un ideal determinado”. Es común, en efecto, que las Iglesias y demás instituciones religiosas, además de asegurar servicios espirituales y culturales, tengan otras actividades –educativas, sanitarias, caritativas, etcétera— para las cuales contratan personal. Se considera tradicionalmente que es-

Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad / XVII

tos empleados son sujetos a una obligación de fidelidad respecto de los objetivos del empleador, la cual se justifica por el derecho reconocido a estas empresas de perseguir un ideal determinado, y por el principio de separación entre el Estado y las iglesias, que implica la libertad organizativa de dichas instituciones.

Sin embargo, los conflictos no son escasos, en particular, respecto de los límites del vínculo de fidelidad impuesto a los trabajadores. Ya que es evidente que aun tomando en cuenta el principio de autonomía de la voluntad en las convenciones laborales, la sujeción del trabajador a las convicciones e ideales del empleador constituye una potencial restricción de su libertad, ya sea de conciencia, de religión, expresión, reunión y asociación, e incluso de su derecho a la vida privada. Estamos, por lo tanto, en una situación de conflicto entre derechos igualmente protegidos: por un lado, la libertad de las instituciones confesionales de definir libremente sus ideales y objetivos, y las libertades individuales del trabajador. En todos estos casos el principio de laicidad se encuentra en una encrucijada: ¿cuál derecho debe tener primacía sobre el otro?, ¿el derecho de la empresa a su tendencia, o bien los derechos fundamentales de los empleados?

Los dilemas de esta índole resaltan el protagonismo del juez como el único actor capaz de zanjar entre pretensiones contrarias y distribuir entre cada quien la porción de derechos y libertades que le corresponde en las telarañas de las situaciones concretas. Frente a la confrontación de derechos y bienes igualmente valiosos, el juez debe pesar las razones e intereses en juego, atento a las condiciones particulares de cada caso para llegar a la solución más justa posible. El caso *Baby Loup*, reconstruido y analizado con gran tino por Isabelle Desbarats y Blandine Chelini-Pont, es ilustrativo respecto al papel del juez en la tarea de desenredo y ponderación de los diferentes intereses en juego, y de la dificultad en llegar a una decisión plenamente satisfactoria, como lo muestran los múltiples rebotes que ha conocido el litigio. En este caso, entraban en conflicto el

XVIII / Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad

derecho de una guardería infantil a exigir de sus empleados una estricta neutralidad religiosa en un contexto local marcado por la marginalización y la existencia de fuertes tensiones comunitarias, y, por otro lado, la libertad religiosa de una empleada que manifestaba su pertenencia al islam al usar un pañuelo que disimulaba su cabello y su cuello. Más allá de la decisión final, que dio la razón a la guardería asociativa con base en su derecho de establecer algunas limitaciones a la libertad de los empleados en su reglamento interno, el caso sirvió para clarificar algunas sutilezas en la materia. En primer lugar, el juez validó una interpretación estricta del principio de laicidad, al subrayar que como principio jurídico sólo se aplica a los empleados afectados a un servicio público del Estado. En todos los demás casos, el principio que prevalece es la libertad religiosa de los trabajadores, cuya restricción ha de obedecer a criterios de idoneidad y proporcionalidad.

En segundo lugar, operó una distinción sutil, aunque fundamental, entre la laicidad como principio jurídico-político estatal, y la laicidad como opción filosófica particular, es decir, como *tendencia*. La primera obliga el Estado, a sus instituciones y a sus agentes a un deber de estricta neutralidad ante las diferentes convicciones y creencias fundamentales que conviven en la sociedad. En el segundo caso, en cambio, se entiende la laicidad desde su vertiente filosófica e ideológica. Se puede incluso hablar de laicismo, al indicar el sufijo *ismo* cierto tipo de doctrina, tendencia, teoría o sistema. Desde esta perspectiva, la tendencia laica está fuertemente vinculada con el librepensamiento y con las demás doctrinas que surgieron en la Ilustración y que confían en el uso de la razón para el progreso de la humanidad, que rechazan todo dogmatismo, ya sea religioso, ideológico o político, y que buscan, *in fine*, la emancipación del ser humano en una sociedad libre de toda influencia religiosa.⁴

⁴ Corominas i Busqueta, Josep, *Masonería, laicismo y librepensamiento*, <http://www.institutodemer.es/articulos/segundaaportacion/MASONER%C3%83%A0,%20Y%20LIBREPENSAMIENTO.pdf>.

Prólogo. De la teoría a la práctica: tensiones y dilemas de la laicidad / **XIX**

Esta distinción entre una laicidad institucional y una laicidad filosófica es sin duda útil para disipar algunos de los malentendidos que con frecuencia turban el debate en torno al Estado laico. Si no se puede ocultar el vínculo que existe entre ambas perspectivas, especialmente en la génesis de los conceptos, es importante subrayar que laicidad institucional es imparcial ante las diferentes visiones del mundo (incluyendo las librepensadoras), limitándose a asegurar que ninguna de ellas se imponga sobre las convicciones, proyectos y planes de vida de los demás.

Valga todo lo anterior para convencernos de la vitalidad de la problemática laica, la cual seguirá planteando nuevos dilemas en cuanto a su aplicación práctica y nos obligará a pensarla de manera constante en el sentido de una amplia protección de los derechos y libertades fundamentales.

Pauline CAPDEVIELLE

EL CASO BABY LOUP EN FRANCIA: ¿CUÁL DEBE SER EL LUGAR DE LA RELIGIÓN EN EL TRABAJO EN UN CONTEXTO LAICO?

Isabelle DESBARATS*

Blandine CHELINI-PONT**

1. Introducción: el caso Baby Loup, revelador de las tensiones y de las evoluciones francesas

Francia padece desde hace unos quince años de una verdadera fiebre legislativa, judicial y mediática en torno a la cuestión del derecho a la expresión religiosa en el espacio público, fuera del espacio consagrado de los lugares de culto. La definición misma del espacio público ha sido transformada por esta fiebre, pues cada autor ha intentado delimitar con más precisión lo que es parte de los lugares específicos para el ejercicio del poder y de la administración pública —y por tanto que remite directamente al principio de neutralidad (religiosa y política)—, así como el resto del “espacio colectivo”, donde todos los demás circulamos, nos encontramos y atendemos nuestros asuntos, espacio regido por el principio de las libertades públicas, incluidas las religiosas. De igual manera, la noción de espacio privado ha sido reconsiderada.

* Universidad Toulouse-I Capitole (Francia).

** Universidad de Aix-Marseille (Francia).

2 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

No es solamente el espacio de vida e intimidad personal y familiar, sino también el espacio regido por el derecho y por la propiedad privada en su conjunto, incluidos los comercios abiertos al público y demás actividades económicas, así como las empresas en las cuales trabajan las personas bajo el régimen de contrato privado, circulan clientela y empleados.

Respecto del espacio público y de sus diferentes acepciones, el presente es revelador: la cuestión del *lugar de las religiones en la escuela* sigue llamando la atención, aunque haya sido resuelta en gran parte por la ley de 2004, que prohíbe el uso “ostentoso” de signos religiosos. Los hospitales fueron objeto de una serie de cartas y de circulares que supuestamente concilian la libertad religiosa y el servicio público, al reparar de manera justa los derechos y obligaciones del personal y de los pacientes.¹ Las cárceles conocieron también reflexiones y decisiones tardías, especialmente, debido al desarrollo de un proselitismo radical entre los prisioneros musulmanes.² Finalmente, nadie olvidó el debate en torno al velo integral en las calles y a la adopción de la ley del 11 de octubre de 2010.³ Si

¹ La Circular DHOS/G/2005/57 del 2 de febrero de 2005, relativa a la laicidad en las instituciones de salud con efecto inmediato (Circular recapitulativa de los textos, reglamentos y jurisprudencias); la Circular DHOS/P1/2006/538 del 20 de diciembre de 2006 relativa a los capellanes de los establecimientos mencionados en el artículo 2o. de la ley 86-33 del 9 de enero de 1986 sobre las disposiciones estatutarias relativas a la función públicas estatutarias (*idem*); la Carta del paciente hospitalizado del 2 de marzo de 2006, derivada de la Circular DHOS/E1/DGS/SD1B.sd4A/2006/90 relativa a los derechos de las personas hospitalizadas; la Carta de la laicidad en los servicios públicos, 5209/Sg del 13 de abril de 2007, decretada por el primer ministro y propuesta por el Alto Consejo de la Integración (para anunciar en los servicios públicos cerrados —hospitales, prisiones, establecimientos militares— y en los servicios de recepción puntual Caja de subvenciones familiares, etcétera, para dar a los administrados, en el momento de la entrega de la credencial de elector, de la formación inicial de los servidores públicos, del regreso a clase, de la recepción de los migrantes o de la adquisición de la nacionalidad francesa.

² Recomendación del 24 de marzo de 2011, relativa al ejercicio del culto en los lugares de privación de libertad.

³ Si bien el principio es el de la libertad de expresión de sus opiniones o creencias en el espacio público, la ley núm. 2010-1192 del 11 de octubre de 2010 dispone

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 3

recordamos también que el Consejo de Estado había negado la nacionalidad francesa a una ciudadana marroquí que usaba el *burqa*, al considerar que la usanza de esta insignia religiosa contravenía “a los valores de una sociedad democrática y al principio de igualdad de género”,⁴ se impone una conclusión: no sólo el campo de lo religioso conoce una mutación profunda —inclusive en Francia— debido a una tendencia general a la individualización y a la subjetivización de las personas —sino que además eso quizá lo explica si se pone de lado la presión identitaria e islamista paralela— “la creencia se hace visible, se manifiesta, se reivindica, suscitando conflictos llevados ante el juez, quien debe asegurar la convivencia religiosa, sin coacción ni obstáculos, y al mismo tiempo, proteger la autonomía de la conciencia”.⁵ Emerge una sociedad plural, en la cual la gestión de la diversidad constituye un reto colectivo y un desafío social, mientras que desde la ley de 1905,

...el paisaje religioso francés cambió profundamente. Los legisladores de aquel tiempo no habían previsto que el catolicismo, el protestantismo y el judaísmo —los únicos cultos reconocidos entonces— convivirían un siglo más tarde, con el islam, el budismo, el cristianismo ortodoxo o las Iglesias evangélicas, sin mencionar las doctrinas que aspiran a ser consideradas como religiones.⁶

De manera inevitable, el mundo laboral se ha vuelto al mismo tiempo un terreno extensivo de manifestaciones de expresión religiosa, un nuevo espacio de tensión y a su vez un nuevo

que “nadie puede, en el espacio público, usar una vestimenta que busca disimular su rostro” contraria “a las exigencias fundamentales de la convivencia”: cualquier persona que disimulará su rostro en dicho espacio (vías públicas, lugares abiertos al públicos o destinados a un servicio público) se expondrá a una multa de 150 euros y/o podrá ser obligada a realizar un curso de ciudadanía.

⁴ CE, 286798, 27 de junio 2008.

⁵ Fortier, V., *Le juge et le pluralisme religieux, préc.*, p. 147. Para otro aspecto del lugar de la religión en la sociedad, véase Cador, V., “Peut-on changer de prénom pour un motif religieux?”, *Rev Lamy Droit Civil*, 2011, p. 36.

⁶ “La religion dans l’entreprise, un sacré malaise”, *Le Monde magazine*, 2009.

4 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

laboratorio judicial de la evolución de la sociedad francesa, ante el pluralismo religioso cada vez más expresado de su población, especialmente la musulman.⁷ Asimismo, el mundo laboral es a la vez espacio público y privado, al dividirse, por un lado, las actividades y servicios que emanan del Estado, y que son ocupados por servidores públicos y asimilados, y por el otro, el resto de la población activa; es decir, todas las profesiones del sector privado que forman el cuerpo económico del país. Hubiera sido imposible que toda la visibilidad religiosa provocada por la pluralización de la sociedad no tuviera repercusión alguna.

Desde hace tiempo, el Consejo de Estado, mediante fallos y llamadas al orden, ha recordado, definido y puesto en práctica la neutralidad de los agentes públicos, en nombre del deber de reserva de los servidores públicos. Se les reconoce la libertad de conciencia y de religión, y no pueden ser objeto de discriminación alguna en la contratación y concursos públicos. Además, el ejercicio de esta libertad debe ser facilitado mediante las autorizaciones administrativas de ausencia por festividades religiosas. Del lado del ámbito laboral “privado”, las posibilidades de expresión religiosa son potencialmente más extendidas; sin embargo, no evitan temibles cuestionamientos. “En su pragmatismo de administrador”, ¿cómo puede el gerente integrar “las prácticas religiosas en el ámbito laboral sin atentar al buen funcionamiento de la empresa”? ¿Dónde poner “el cursor entre la prohibición y la tolerancia”?⁸ La respuesta es fundamental en un contexto marcado —lo acabamos de ver— por una gran heterogeneidad de las sensibilidades reli-

⁷ Francia sería el país europeo con más habitantes de tradición musulmana. Su número es del orden de cuatro o cinco millones, lo que hace del islam la segunda religión del país, aunque el porcentaje de practicantes es incierto. También son presentes: 1.2 millones de protestantes, 600,000 judíos, 400,000 budistas, 300,000 ortodoxos. Véase Machelon, J. P., “Les relations des cultes avec les pouvoirs publics”, *Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire*, 2006.

⁸ Niel, S., “Peut-on s'opposer à la religion en entreprise?”, *Les Cahiers du DRH*, núm. 163, 2010.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 5

gias, vinculadas con la movilidad de las organizaciones y de las personas.⁹ Tampoco es fácil responder de manera concreta a las dificultades que enfrentan los abogados y los gerentes de recursos humanos. ¿Qué actitud adoptar ante una mujer que se presenta con un velo a una entrevista de trabajo? ¿Qué decirle al empleado que reclama lugares y tiempos de oración? ¿Cómo manejar las comidas colectivas cuando algunos empleados sólo comen *kosher* o *halal*? ¿En qué medida deben aceptarse los acomodos de horarios y ausencia por festividades religiosas?

Para ilustrar la dificultad que representa la conciliación ardua de universos aparentemente sin relación y diversamente manejable según pertenezcan al mundo del trabajo público o al mundo del trabajo privado,¹⁰ vamos a estudiar el caso Baby Loup, relativo al despido de una empleada que usaba el velo islámico. Este caso tiene la especificidad de involucrar una asociación de derecho privado que estipulaba, en su reglamento interior, el deber de sus empleados de sujetarse a los principios de neutralidad y laicidad,¹¹ y además que dependía de subvenciones públicas. En pocas palabras, ¿a qué categoría pertenece la guardería Baby Loup: la de un servicio público o a la de una actividad privada? ¿Podía Baby Loup exigir de sus empleados su neutralidad religiosa?

Si se busca hacer una rápida génesis del caso Baby Loup, debemos remontarnos a 2004, con la creación por decreto de la HALDE (en español, Alta Autoridad de Lucha en contra de la Discriminación y por la Igualdad), institución “parajudicial” con-

⁹ Calvo Gallego, F. J., “L’interdiction de la discrimination religieuse dans la directive 2000/78”, en <http://www.cultesetcultures-consulting.com/images/stories/pdf/>.

¹⁰ Sciberras, J. Ch., “Travail et religion: une cohabitation sous tension”, *D Soc*, 2010, p. 72; Gaudu, F., “Droit du travail et religion”, *D Soc*, 2008, 959, “La religion dans l’entreprise, un sacré malaise”, *cit*.

¹¹ “El principio de libertad de conciencia y de religión de cada uno de los miembros del personal no puede obstaculizar el respeto de los principios de neutralidad y de laicidad que se aplican en el ejercicio del conjunto de las actividades desarrolladas por Baby Loup, tanto en los locales de la guardería como en sus anexos y acompañamiento exterior de los niños y niñas que se encuentran bajo el cuidado de la guardería”.

6 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

sultativa e “independiente”, creada para limitar y conscientizar la discriminación en el trabajo. Esta institución, disuelta en 2011, hizo muchas recomendaciones extremadamente interesantes en este lapso de tiempo, y contribuyó en gran medida a alimentar el debate sobre la discriminación religiosa en el trabajo, sin que fuera su objetivo inicial. De hecho, se volvió el portavoz de la discriminación en el ámbito laboral. Es en este contexto donde se acercó a la HALDE una empleada despedida en 2008 por la guardería infantil asociativa Baby Loup, financiada en su totalidad por subvenciones públicas, con el motivo de que dicha empleada usaba el velo durante su horario de trabajo. Cabe mencionar que había empezado a usar tal vestimentaria después de su regreso de licencia de maternidad —pues no lo usaba antes— y a pesar de la orden reiterada de la directora de respetar el reglamento, que estipula el carácter neutro y laico de la institución.¹² También es importante señalar que la guardería estaba abierta las veinticuatro horas del día, siete días a la semana, y recibía niños y niñas provenientes en muchos casos de familias monoparentales y desfavorecidas. De forma paralela a la petición ante la HALDE, el abogado de la empleada despedida recurrió a los procedimientos judiciales normales. El caso conoció una fuerte mediatización, ya que la HALDE consideró en marzo de 2010 que dicha empleada había sido despedida de forma abusiva, que el reglamento no podía pretender imponer un principio de neutralidad religiosa que solamente se aplicaba a los servicios públicos, y por lo tanto, que la empleada tenía el derecho a usar el velo en su lugar de trabajo. Sin embargo, poco después de dicha deliberación “explosiva”, la HALDE tuvo un cambio de dirección, que resultó de un cambio político. La nueva cabeza de la HALDE, Jeannette Bougrab, académica y maestra de peticiones en el

¹² El entorno social de esta guardería ha jugado un papel importante en el caso ya que, ubicado en un barrio pobre del municipio de Chanteloup-les-Vignes, en los suburbios parisinos, la guardería estaba instalada en un conjunto habitacional que había sido progresivamente sometido a una fuerte presión comunitaria musulmana. Desde diciembre de 2013, la guardería se ha mudado a la ciudad de Conflans Sainte-Honorine debido a dichas presiones.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 7

Consejo de Estado, proveniente de una familia harki¹³ y militante de los primeros círculos del partido gaullista en el poder, el UMP, exigió la revisión de dicha deliberación, en nombre del carácter laico de la guardería Baby Loup, y apoyó públicamente a la directora de la guardería, poniéndose a su lado durante el primer día del juicio, que inició en noviembre de 2010 ante el juez de lo social de Mantes-la-Jolie —vamos a hacer un balance de este caso—, tras cuatro años de jurisprudencia que llegó a su fin.

Es necesario, antes de ello, constatar qué tanto el entorno jurídico y la opinión pública francesa son muy poco favorables a las manifestaciones religiosas en las organizaciones privadas, y cuanto son atraídos por la tentación de extender a todos los espacios laborales el principio de neutralidad religiosa propio de los servicios públicos (1). Sin embargo, se perfilan nuevas prácticas profesionales, que reflejan el interés de tomar en cuenta la dimensión religiosa de los empleados: la cuestión del hecho religioso en la empresa suscita, asimismo, nuevas reflexiones, que revelan cierta audacia por parte de las organizaciones patronales y sindicales (2). En tal contexto, el caso Baby Loup y sus rebotes jurisprudenciales se asemejan a una cuadratura del círculo y una ilustración de las dos tendencias antes descritas, que buscan por un lado mantener en el trabajo el espíritu de “neutralidad religiosa”, proveniente de una tradición laica, y por el otro asegurar, a la vez, los derechos y libertades de los empleados en materia de religión (3).

2. Un derecho y una opinión pública refractarios a la expresión religiosa en las organizaciones privadas

Texto emblemático del derecho francés de las religiones, la ley del 9 de diciembre de 1905 consagra, en su artículo 1o., la liber-

¹³ Los harkis eran los auxiliares del ejército francés en Argelia. Jeannette Bougrab se quedará a la cabeza de la HALDE del 16 de abril al 14 de noviembre de 2010 antes de volverse subsecretaria de Estado a la juventud y a la vida asociativa del gobierno Fillon.

8 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

tad de conciencia y de culto. La primera concierne a la dimensión individual —“el fuero interno” de la libertad religiosa— y se aplica tanto a las convicciones religiosas como no religiosas; la segunda se refiere a la expresión colectiva de los sentimientos religiosos, siendo preciso que otros aspectos que el culto puede reflejarlas, especialmente, las prácticas vestimentarias o alimenticias. Sobre estas bases, un

doble movimiento... parece caracterizar la actuación del juez hacia el hecho religioso, de lo cual resulta una valorización del pluralismo confesional...: por una parte, una verdadera promoción de la experiencia religiosa en su dimensión singular, por otra parte, una no menos verdadera contención de la alteridad religiosa.¹⁴

Observado fuera de la empresa, este doble fenómeno refleja también la situación vigente en el ámbito laboral.

A. *Una preservación casi absoluta de la libertad de conciencia*

“Nadie debe ser molestado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la ley”, señala el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Si la libertad de conciencia fue concebida inicialmente como una forma particular de la libertad de opinión, la cual fue consagrada oficialmente por el artículo 10. de la ley de 1905 —texto fundador de la laicidad francesa— para el cual “La República asegura la libertad de conciencia. Garantiza el libre ejercicio de los cultos con las únicas restricciones establecidas a continuación en interés del orden público”, prohibiéndose al Estado definir lo que es o no es una religión o una

¹⁴ Fortier, V., *Le juge et le pluralisme religieux*, art préc sp, p. 138.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 9

creencia.¹⁵ Desde entonces, esta libertad de conciencia ha sido consagrada varias veces a nivel internacional: a escala mundial, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (artículo 18) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, votado en 1966 (artículo 18); en el espacio europeo, con el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, directamente aplicable en el derecho interno, y que distingue, tal como los demás textos, la doble dimensión de la libertad religiosa: por una parte, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que protege el fuero interno, y que no es susceptible de limitaciones, y, por otra parte, el derecho de manifestar sus convicciones religiosas, lo cual puede, por su lado, ser limitado en nombre de exigencias de orden público, las cuales se aprecian según las épocas y los contextos nacionales.¹⁶ Esta total protección de la libertad de conciencia —que se entiende como el derecho de adoptar, abandonar o cambiar de religión— se explica por sus desafíos subyacentes, ya que es percibida como una garantía de diversidad en una sociedad democrática: el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos la ubica “dentro de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de sus concepciones de vida”, al mismo tiempo que señala que se trata también de un “bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes” [ya que] “va unida al pluralismo, valiosa conquista a lo largo de los siglos, consubstancial a cualquier sociedad”.¹⁷

Eso explica por qué en el derecho interno esta protección está reforzada por un aparato represivo particularmente denso, destinado a sancionar no solamente la discriminación religiosa, sino también su incitación. A nivel penal, la represión del delito

¹⁵ Con el argumento de que “El Estado indiferente no debe preguntarse lo que es una religión ya que, por principio, no profesa ni conoce ninguna”. Robert, J., “La liberté religieuse”, *RIDC*, 1994, p. 629.

¹⁶ TEDH, Sala grande, 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin vs. Turquía (respecto del uso del velo islámico en Turquía).

¹⁷ TEDH, 25 de mayo de 1993, Kokkinakis vs. Grèce, \$31.

10 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

de discriminación religiosa aparece en los artículos 225-1 y ss. y 432-7 del Código Penal. En derecho laboral, el principio de no discriminación se encuentra en el artículo L. 1131-1 C. trav. En derecho administrativo figura en el artículo 6o. de la ley 83-634, del 13 de julio de 1983, relativa a los derechos y obligaciones de los servidores públicos. Si tomamos en cuenta también las reglas específicas en materia de pruebas y sanciones, una conclusión se impone: la libertad de conciencia se beneficia de una protección casi absoluta..., lo que no es el caso de la libertad de expresión religiosa.

B. Una protección muy relativa de las manifestaciones confesionales

Respecto de la libertad de religión confundida ya no con la libertad de convicción, sino con el derecho de manifestar su fe, es verdad que, al contrario del sector público, el principio de laicidad no se aplica a la empresa privada,¹⁸ de tal suerte que toda interdicción general y absoluta impuesta a los empleados de exteriorizar sus convicciones debe ser lógicamente prohibida. Si bien “el principio en la empresa privada es la de libertad de religión y de convicción”,¹⁹ se aplican excepciones, identificadas por los textos y la jurisprudencia, y que reflejan la filosofía del artículo 9o., párrafo 2, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.²⁰ Asimismo, la intervención del legislador y del juez se combinan para regular las manifestaciones religiosas, dentro

¹⁸ Sobre la controversia suscitada por el caso Baby Loup, véase *infra* parte III.

¹⁹ HALDE, Deliberación 2009-117, del 6 de abril de 2009.

²⁰ Debemos recordar que solamente las manifestaciones “por el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos” (artículo 9o., párrafo 1, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos) pueden ser objeto de más restricciones que “las que previstas por la ley, constituyen 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”. Artículo 9o., párrafo 2, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 11

de la empresa privada, en nombre de principios considerados superiores.

Primera excepción: todo empleador puede exigir la ejecución del contrato de trabajo en las condiciones pactadas sin que el empleado pueda invocar la libertad de conciencia para sustraerse a sus obligaciones.²¹ Asimismo se juzgó que “un empleador no comete falta alguna al pedir al empleado ejecutar la tarea por la cual fue contratado, mientras no contraviene a una disposición de orden público”, de lo cual resulta, por ejemplo, que el empleado de una sección de carnicería no puede negarse a tocar carne de cerdo,²² o una empleada, a saludar de mano a un cliente, probar platillos o tocar botellas de alcohol. Ello significa, por una parte, que un motivo religioso no autoriza a un empleado a exigir una modificación de su contrato o de sus condiciones de trabajo (salvo cláusula de conciencia) y, por otra parte, que un empleador no está obligado a acomodar el tiempo de trabajo de un empleado para permitirle practicar su religión, ni tampoco a modificar las comidas para respetar diferentes prescripciones religiosas.

Segunda excepción: el respeto, ya no del contrato sino de la ley misma, puede justificar algunas afectaciones a la libertad religiosa en la empresa. El artículo L. 1121-1 del Código del trabajo juega aquí un papel central al legitimar algunas restricciones a la libertad religiosa, que son apreciadas caso por caso por los jueces. A su vez se plantea la regla según la cual, si bien los derechos y libertades de las personas deben ser respetados en el ámbito laboral, el empleador puede poner restricciones bajo la reserva de que estén “justificadas por la naturaleza de las tareas que cumplir y proporcionadas al propósito buscado”. Los ejemplos de ello abundan en la jurisprudencia contemporánea, ya sea en la cuestión de las ausencias de los empleados o del respeto de las prescripciones vestimentarias por motivo religioso.

²¹ Gaudu, F., *Droit du travail et religion*, préc., p. 967.

²² Cass. Soc., 24 de marzo de 1998, BC, V, núm. 171; D. Soc., 1998, p. 614, nota de J. Savatier.

12 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

- Es así como a falta de autorización patronal, un empleado no puede ausentarse por motivo religioso, y que la negativa de un empleador de autorizar una cesación del trabajo para cumplir con oraciones o de otorgar un local para este propósito puede justificarse por imperativos de buen funcionamiento de la empresa.
- También, respecto de la vestimenta, el juez francés busca conciliar las convicciones religiosas y el interés de la empresa, lo que le conduce a adoptar soluciones complementarias con base en los principios siguientes: si bien una restricción general y absoluta al ejercicio de la libertad religiosa no es factible, el empleador puede establecer en qué aspectos sus límites son necesarios y proporcionados en vista del interés de la empresa; es decir, si son justificados. Es por ello que una empleada, en contacto con el público, que se niega a retirar el velo puede ser despedida justamente,²³ a diferencia de otra, que ya lo ostentaba en la contratación, y que además no tenía problema particular en sus contactos con la clientela.²⁴ Habrá que notar que el sólo contacto con la clientela (o su ausencia) no constituye en sí una justificación legítima:

el juez exige la justificación, caso por caso, de la pertinencia y de la proporcionalidad de la decisión respecto de la tarea concreta del empleado y del contexto de su ejecución, para demostrar que la prohibición del uso de signos religiosos es, fuera de toda discriminación, proporcionada y justificada por la tarea que cumplir en las circunstancias del caso concreto.²⁵

En estas condiciones, si bien “el ámbito de la empresa debe tolerar las creencias (especialmente en su manifestación exterior: uso de cruces o medallas), el cumplimiento del trabajo no

²³ CA Paris, 16 de marzo de 2001, JCP, E, 2001, p 1339, note C. Puigelier.

²⁴ CA Paris, 19 de junio de 2003 (RJS 10/03, núm. 1116).

²⁵ *Entreprise et religion*, Ed. Francis Lefebvre, 2009, p. 4.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 13

puede ser trabado por exigencias religiosas”, salvo recurriendo a la vía contractual o convencional “para ampliar el campo de la libertad religiosa”.²⁶ Por lo tanto, hay que admitir que “si la libertad de creer es protegida, en cambio, las soluciones halladas no son particularmente favorables a la libre práctica del rito”²⁷ en el contexto francés.

C. *Las iniciativas públicas favorables a una “privatización” del principio de laicidad*

Este último punto ha de relacionarse con el caso Baby Loup que sirvió de catalizador. En efecto, el hecho de que se trate de una guardería —es decir, un lugar colectivo de cuidado de niños y niñas en edad preescolar, servicio muy usado en Francia, ya que casi 250, 000 niños están inscritos en estructuras públicas o asociativas con obligaciones reglamentarias y controles extremadamente drásticos— contribuyó a envenenar el debate. Más allá de sus diferencias, diferentes rutas han sido abiertas en una lógica de extensión del perímetro del principio de neutralidad religiosa en el ámbito laboral. Desde el inicio del caso Baby Loup, varias propuestas de ley fueron presentadas tras la decisión del juez en materia laboral para imponer de una manera u otra el principio de laicidad; es decir, de neutralidad religiosa de los empleados en el ámbito del servicio de atención a la niñez: en el Senado, tras la decisión de la jurisdicción laboral, se adoptó en enero de 2012 la propuesta de ley Laborde del 25 de enero de 2011, cuyo objeto es extender el deber de neutralidad a todas las guarderías infantiles privadas que perciben subvenciones públicas, con excepción de las instituciones que presentan un “carácter (religioso) propio”.²⁸ Por su parte, un grupo político de

²⁶ Waquet, Ph., *L'entreprise et les libertés du salarié*, ouvrage préc., p. 178.

²⁷ Morin, C., “Le salarié et la religion: les solutions du droit du travail”, *JCP*, Adm et Coll terr, 2005, p. 1145.

²⁸ Propuesta de ley 56 de F. Laborde y del grupo RDSE. Nueva propuesta 593 de R-G.

14 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

la Asamblea Nacional redactó una propuesta de ley (Christian Jacob y al., con el reporte Ciotti del 29 de mayo 2013), cuyo objeto es la modificación del Código del Trabajo para permitir a todas las empresas privadas imponer el principio de neutralidad en su reglamento interior. De hecho, algunas empresas grandes se adelantaron e hicieron firmar por unanimidad cartas de laicidad a sus empleados.²⁹ Por último, el presidente de la República pidió al primer ministro juntar a todos los grupos políticos para pensar una ley sobre la neutralidad en el sector de los servicios a la niñez.

Ciertamente, estos proyectos se inscriben en un contexto nacional revelador de las tensiones suscitadas por la expresión de las convicciones religiosas en la sociedad civil, y cuya ley sobre la prohibición del velo integral en el espacio público constituye una ilustración significativa.³⁰ Pero mientras dicha ley estaba fundada sobre el respeto al orden público,³¹ estas nuevas iniciativas legislativas persiguen una lógica distinta, ya que tratan ahora de la limitación de la libertad religiosa: un cambio de óptica que suscita interrogantes, pero que se beneficia de cierto consenso político y del apoyo de un número creciente de fran-

Proposition de loi n. 56 de F. Laborde et du groupe RDSE. Nouvelle proposition n 593 de R-G Schwartzenberg y del grupo Radical, Republicano, Demócrata y Progresista, registrado por la presidencia de la Asamblea Nacional el 16 de enero de 2013.

²⁹ Como la empresa Paprec, que anunció, el 10 de febrero de 2014 haber adoptado, con el acuerdo unánime de todos sus empleados, una carta de la laicidad, para proscribir "cualquier uso de un signo que manifiesta ostensiblemente una pertenencia religiosa", inscrita en el reglamento interior de la empresa, http://lentreprise.lexpress.fr/rh-management/droit-travail/paprec-une-charte-de-la-laicite-abusive_1512086.html.

³⁰ Ley 2010-1192, del 11 de octubre de 2010, que prohíbe en el espacio público usar una vestimenta destinada a disimular el rostro. Cabe mencionar que el Alto Consejo a la Integración recomendó la prohibición del velo en las universidades, a la cual son favorables 78% de los franceses, según una encuesta IPSOS del 9 de agosto de 2013, http://www.ifop.fr/media/poll/2306-1-study_file.pdf.

³¹ F. Dieu, "Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé: vers une moralisation de l'espace public?", *JCP, Adm et Coll territoriales*, núm. 48, 2010, 2355 et *Annuaire Droit et Religions*, vol. 6, 2012-2013.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 15

ceses, quienes se dicen favorables a una regulación de la expresión religiosa en la empresa.³²

En el corazón de estas interrogantes, varias incertidumbres permanecen; en primer lugar, la de saber cuál podría ser el périmetro de esta nueva ley: ¿todas las empresas privadas autorizadas a aplicar voluntariamente el principio de laicidad o bien solamente las estructuras privadas preescolares? Y en este segundo caso: ¿todas las estructuras o solamente las vinculadas con una colectividad pública y/o que reciben subvenciones públicas? Pero por un “efecto de cascadas”, ¿acaso no se abriría la vía a una extensión a otros públicos vulnerables, tales como los residentes de hogar de ancianos y demás estructuras de acogida especializadas? Además, y si el criterio de aplicación de esta nueva ley sería la de cumplir con una misión de “interés general”, ¿qué definición darle, sabiendo que esta noción no debe ser confundida con la de “servicio público”, en cuyo caso se impone el principio de laicidad, inclusive en caso de cumplimiento por una organización de derecho privado?³³

Segunda pregunta: si la extensión de las obligaciones de neutralidad religiosa se aplica a los trabajadores de la pequeña infancia, ¿significa que las nodrizas que ejercen a domicilio estarán obligadas a erradicar todo signo religioso de su domicilio personal? Pero ¿qué de la protección de la vida privada? ¿No habría aquí una afectación desproporcionada a la libertad de religiosa? Ciertamente, se ha previsto una derogación a la obligación de neutralidad religiosa mediante la estipulación contractual. “¿Pero la libertad de religión... [acaso no incluye] el derecho a no revelar su religión?”³⁴

Tercer punto: siempre en la hipótesis de una extensión del principio de laicidad en las estructuras que reciben a meno-

³² Un 70% según el sondeo del 5 de abril de 2013, http://www.fait-religieux.com/pour_53_des_salaries_enfants_d_immigres_la_religion_est_importante_22_pour_les_autres_1.

³³ Dieu, F., “Laïcité: extension du domaine de la lutte...à la sphère privée”, *JCP*, Adm et Coll territoriales, núm. 4, 2012, act 60.

³⁴ Cass, Soc, 19 de marzo de 2013, arrêt 537 (12-11.690).

16 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

res, ¿qué impacto tendrá en las escuelas confesionales? ¿Serían afectadas también? Y si no lo son por derogación (solución probable), ¿el riesgo no sería asistir a un aumento de este tipo de instituciones (eventualmente favorecidas por financiamiento extranjero), con la consecuencia concreta que las propuestas de ley buscan de hecho controlar el aumento de cierto comunitarismo?

Ya lo vemos, las incertidumbres son muchas, sabiendo que más allá de estos puntos aparentemente técnicos, dos cuestiones mayores —y vinculadas— surgen. La primera es relativa al significado mismo del principio de laicidad, ya que, clásicamente, se entiende como “la neutralidad del Estado y la garantía de la libertad dada a todas las creencias: [sin embargo], por primera vez, [sería] entendida en el sentido de una prohibición”,³⁵ lo que constituye una verdadera ruptura en la concepción tradicional del concepto.³⁶ Frente a tal proceso de hipertrofia del principio, se plantea, entonces, una segunda pregunta: la de saber qué equilibrio realizar entre el respeto de las libertades individuales, la salvaguardia del interés general y la gestión de la diversidad cultural y religiosa. Una problemática fundamental en una época donde se observa, por un lado, un proceso de privatización del principio de laicidad,³⁷ pero, por el otro, donde algunos se interesan por otro tipo de gestión de la diversidad religiosa en el trabajo, más inclusivo.

3. El surgimiento de nuevas prácticas profesionales y gestión de la diversidad religiosa en el trabajo

En Francia, “en los debates públicos, se invoca la laicidad siempre que son expresadas reivindicaciones comunitaristas o así consideradas”.³⁸ Pero, en realidad,

³⁵ Woehrling, J. M., La Croix, 3 de abril de 2013.

³⁶ Woehrling, J. M., “Laïcité, neutralité”, *Dictionnaire Droit des religions* (sous la direction de F. Messner), CNRS Ed., 2010, p. 436.

³⁷ Dieu, F., “Laïcité: extension du domaine de la lutte...à la sphère privée”, *cit.*

³⁸ Lasserre, V., *Droit et religion*, art préc.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 17

dónde terminan los derechos subjetivos fundados sobre la libertad de conciencia y de ejercicio del culto? ¿Dónde empieza el comunitarismo entendido como vínculo tan excesivo hacia una comunidad que se vuelve una amenaza para la cohesión social...? ¿La lucha en su contra no es susceptible de ser liberticida o discriminatoria...? ¿Acaso son mejores las políticas canadienses de acomodados razonables fundadas en la igualdad... que buscan favorecer el multiculturalismo?³⁹

Indiscutiblemente, esas son algunas de las preguntas que deben enfrentar los actores públicos y privados en un contexto impregnado de individualismo, incluso en las relaciones laborales. Hoy en efecto —y mucho más que ayer debido a una creciente movilidad de individuos con convicciones variadas— se plantea la pregunta de saber cómo conciliar exigencias profesionales y libertad religiosa en una sociedad plural en la cual la gestión de la diversidad constituye una apuesta colectiva y un desafío social. Al respecto, el contexto socioeconómico, así como el jurídico, conoce grandes cambios: una evolución que suscita respuestas creativas.

A. *Un contexto en evolución: los nuevos desafíos de la diversidad cultural y religiosa*

Fuente de preocupaciones crecientes, la gestión de la diversidad religiosa —y más ampliamente cultural— en el ámbito de las empresas es muy necesaria, como lo subrayan diferentes estudios:⁴⁰ un objetivo, sin embargo, difícil de realizar, ya que —verdadero reto para los administradores— supone, a la vez, preservar la cohesión social de la empresa y tomar en cuenta la diversidad de creencias de los empleados.

Se invoca, en primer lugar, *un argumento económico*, ya que

³⁹ Lasserre, V., art préc.

⁴⁰ ANDRH, *Le DRH et les enjeux de la compétitivité*, 2012; IMS-Entreprendre pour la Cité, *La diversité des ressources humaines, levier de performance économique*, 2011.

18 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

el desarrollo de la capacidad de innovación y una mejor comprensión de las expectativas de los clientes y de los mercados [son susceptibles de constituir] desafíos consecuentes de la gestión de la diversidad de la sociedad francesa, ya que [pueden permitir] incrementar el desarrollo económico de la empresa.⁴¹

Ciertamente, es verdad que el argumento de la eficacia que conlleva este análisis, y que aboga “por el compromiso de un personal diversificado... para satisfacer en mayor medida las necesidades de la clientela e interactuar de mejor forma con los usuarios” es quizá de doble filo: asimismo, “el problema es que [este argumento] puede también incitar una organización a excluir algunos perfiles so pretexto de respetar la exigencias de la clientela y/o anticipar sus reacciones”.⁴² Pero también es verdad que “el argumento de la eficacia... ofrece un potencial de integración y de creación de valor en cuanto lleva a un enfoque integrado de las lógicas económicas y sociales”. Es porque “algunos empleadores entendieron que no tienen interés en jugar únicamente la lógica del mercado a corto plazo [rechazo de algunas categorías de personas]”,⁴³ sino en cambio a apropiarse un enfoque más inclusivo de la diversidad, sobre todo debido a dos razones más.

Argumento organizacional, en la medida en la que para algunos profesionales, una gestión más eficaz de la diversidad de la sociedad francesa es susceptible de permitir una mejor gestión de los recursos humanos.⁴⁴

Argumento de imagen y de reputación también, ya que es cierto que una contribución de la empresa a la gestión de la diversidad sociocultural es un elemento fundamental de la responsabilidad social de las empresas (RSE). Debemos recordar que, al desarrollarse desde hace veinte años, la RSE tiene como objetivos generales permitir a la empresa mejorar su imagen y

41 IMS-Entreprendre pour la Cité, étude préc.

42 *Idem*.

43 *Idem*.

44 *Idem*.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 19

su notoriedad, la cohesión social en su seno, favorecer las inversiones, limitar los riesgos medioambientales, sociales y económicos, así como exponer sus preocupaciones éticas. En este nuevo contexto, se subraya que, “presentada durante mucho tiempo como un «problema», la diversidad se entiende hoy, en el mundo de la empresa, como uno de los factores de «calidad» de desarrollo, valorizada en el corazón de la dinámica de la Responsabilidad Social de la Empresa”.⁴⁵

Finalmente, los principales desafíos de una diversidad en el trabajo parecen ser los siguientes: “responder a las preocupaciones sociales y éticas; utilizar de la mejor forma las competencias disponibles, especialmente en contextos de penuria de mano de obra; crear valor agregado al sacar ventaja de equipos diversificados..., y respetar la legislación anti-discriminación”.⁴⁶

Asimismo, un último argumento aboga a favor de una gestión más eficaz de la diversidad cultural y religiosa dentro de las empresas privadas: se trata del *argumento jurídico de la discriminación en el trabajo*, siendo ella una problemática indisociable. Con base en ello, conviene subrayar que —sea cual sea el derecho con el que la libertad de religión puede ser confrontada—⁴⁷ “la especificidad de los conflictos entre derechos subjetivos que implica es vinculada con el hecho de que la solución [debe] siempre ser subordinada a la cuestión de saber si no oculta una discriminación directa o indirecta”.⁴⁸ Se plantea, a su vez, la cuestión de saber si no conviene consagrar el “derecho a un trato diferenciado” —incluso a “acomodos razonables”—⁴⁹ “a reserva de la

⁴⁵ “L’entreprise & la diversité. Quelles mises en pratique?”, Étude précitée.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Droit à l’égalité (ainsi jugé contraire au principe d’égalité, le principe de répudiation islamique unilatérale par le seul mari, Civ. 1^{re}, 17 de febrero de 2004, núm. 01-11.549), intérêt la famille (Civ. 1^{re}, 19 de junio de 2007, núm. 05-18.735); intérêt de l’enfant.

⁴⁸ Lasserre, *Droit et religion*, art. préc.

⁴⁹ Sobre este concepto, véase Desbarats, I., “De la diversité religieuse en milieu de travail. Regards de droit français et de droit canadien”, *Revue de Recherche Juridique. Droits prospectif*, núm. 3, diciembre de 2010.

20 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

ausencia de una afectación excesiva de los derechos de los demás y del respeto del interés general”.⁵⁰

Es verdad que por ahora el derecho comunitario⁵¹ (y, por lo tanto, los derechos nacionales, y entre ellos el derecho francés) sólo admiten el tratamiento preferencial para las personas discapacitadas, mediante la obligación hecha a los empleadores de hacerles beneficiar de “acomodos razonables”. Sin embargo, algunos subrayan que el concepto de discriminación indirecta sobre el cual descansa el concepto de “acomodo razonable”⁵² es susceptible de conducir a una ampliación del campo de aplicación de la directiva de 2000 más allá del motivo de la discapacidad: en especial, para el respeto del derecho a la libertad de religión. En el centro de esta opinión, la constatación según la cual son prohibidas tanto las discriminaciones *directas* como también *indirectas*; es decir, cuando:

una disposición, un criterio o una práctica neutra en apariencia, [genera] por [un motivo prohibido] una desventaja particular para unas personas en relación con otras, al menos que esta disposición, este criterio o esta práctica sea objetivamente justificada por un propósito legítimo y que los medios para realizar este propósito sean necesarios y apropiados...⁵³

Asimismo, para algunos, no puede excluirse

a hipótesis de que la prohibición indirecta sea interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o [una ju-

⁵⁰ Lasserre, V., *Droit et religion*, art préc.

⁵¹ Artículo 5o. de la directiva 2000/78/CE del 27 de noviembre de 2000 relativa a la creación de un marco general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y trabajo.

⁵² Cabe subrayar el origen canadiense del concepto (en este sentido, Robin-Olivier S. selon qui: “le droit européen a reconnu la flexibilité et l’inventivité d’un tel système dans la mesure où une directive a été adoptée pour s’aligner sur le mécanisme canadien” (Les accommodements raisonnables) pour l’emploi des personnes handicapés, <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/dd/index.php>.

⁵³ Art. L 1132-1 C. Trav.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 21

risdicción nacional] como exigiendo, en algunos casos, del autor de una disposición..., que acomode ésta para evitar discriminar indirectamente algunos individuos en razón de su religión”⁵⁴

De esta manera, y debido esencialmente a que la discriminación indirecta y el acomodo razonable⁵⁵ van de la mano, se entiende que el alcance de este concepto podría ser ampliado más allá de lo que admite el legislador contemporáneo (limitación, por ahora, al sector del empleo y en beneficio de las personas discapacitadas). Sobre todo, se perciben los riesgos contenciosos que esta extensión conlleva para las empresas. Se les podría reprochar, asimismo, un comportamiento discriminatorio en caso de la implementación de una disposición aparentemente neutra, pero desfavorable en la práctica por una razón religiosa, para algunos empleados en relación con otro: al respecto, el ejemplo canadiense es revelador de los riesgos jurídicos a los cuales se exponen las organizaciones, tanto privadas como públicas.⁵⁶

Frente a todos estos cuestionamientos, cabe señalar el desarrollo de prácticas profesionales originales, que traducen una mayor sensibilización a los nuevos desafíos de la diversidad sociocultural y religiosa, y que se manifiestan por la multiplicación de guías de buena práctica profesional en las casas editoriales.⁵⁷

⁵⁴ Bribosia, E. *et al.*, "Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse", *Rev Trim D.H.*, 2009, pp. 325-348.

⁵⁵ Para una perspectiva de este concepto con el de acomodo razonable, véase Bosset, P. y Foblets, M. C., "Le Québec et l'Europe face au besoin d'accommoder la diversité: disparité des concepts juridiques, convergence des résultats?", *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Publishing Editions, Conseil de l'Europe, 2009, pp. 26 y ss.

⁵⁶ Weinstock, D., "La crise des accommodements raisonnables au Québec: hypothèses explicatives", *Ethique publique*, vol. 9, núm. 1, 2007, p. 20.

⁵⁷ Tal como el libro del Grupo faitreligieux.com, le ebook *Diversité religieuse au travail. Les bonnes pratiques des Grandes entreprises françaises*, par Yaël Hirsch, 2014, <http://etudes.fait-religieux.com/>.

B. *El surgimiento de prácticas profesionales “inclusivas”*

Tres movimientos contemporáneos traducen un objetivo de gestión más inclusiva de la diversidad cultural y religiosa en el sector privado.

1. El primero es relativo al papel jugado por los interlocutores sociales (organizaciones patronales y sindicales) a nivel interprofesional, como lo ilustra la adopción del Acuerdo Nacional Interprofesional del 12 de octubre de 2006. Este acuerdo señala que “más allá de los principios éticos [que constituyen] el fundamento de su actuación, las empresas tienen un interés económico y social en recibir mejor la diversidad”. De esta manera, por primera vez, los signatarios decidieron ocuparse de este “problema de sociedad”, que constituye la diversidad, buscando su aceptación “en todos estos componentes de la vida laboral, sin discriminación alguna”.

2. La segunda herramienta susceptible de promover una actuación inclusiva dentro de las empresas es el sello Diversidad, creado en 2008 por los poderes públicos, en cooperación con los sindicatos de trabajadores y empleadores, y la Asociación Nacional de los Directores de Recursos Humanos (ANDRH). Este sello es otorgado a los organismos que atestiguan de su ejemplaridad en la materia y que dan cuenta de sus compromisos en materia de no discriminación, de igualdad de oportunidades y de promoción de la diversidad en el marco de la gestión de los recursos humanos. En 2012, más de 380 organizaciones —que emplean juntos casi 840,000 empleados— lo obtuvieron.

3. Ya por iniciativa de este sello, que refleja la preocupación “ética”, l’ANDRH acaba de emitir propuestas aparentemente audaces.⁵⁸ Debido a que “el riesgo [de las empresas] es [el] de la uniformidad de pensamiento [y de la] actitud” y que, por otro lado, “la diversidad [debe analizarse como] una de las condi-

⁵⁸ Propuesta 2012 de la ANDRH, “Le DRH et les enjeux de la compétitivité”.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 23

ciones [de su] competitividad”, l’ANDHR ha decidido poner al debate las propuestas siguientes:

- Favorecer la diversidad en los procesos de recursos humanos para incrementar las motivaciones y la competitividad;
- Establecer indicadores que permitan medir las minorías visibles y no visibles;
- “Abrir un debate nacional sobre el posicionamiento de los días festivos” para una mayor conciliación de la “neutralidad necesaria”, la “libertad de conciencia dentro del mundo laboral” y el “incremento de la competitividad”.

Se subraya, asimismo, que si bien importa —“ante el innegable incremento del hecho religioso”— que “el mundo del trabajo deba mantenerse neutro y respetuoso del interés general...”, no debe afectarse la libertad de conciencia, pues ello “provocaría de manera inevitable el incremento de los integristas...”. Es por esta razón que se recomienda abrir el debate para conciliar dos objetivos mayores: en primer lugar, mejorar el “sentimiento de equidad... y de respeto de la conciencia individual de los empleados en la empresa, al mismo tiempo que se mantiene la neutralidad”; en segundo lugar, incrementar el “desempeño de la organización mediante la utilización de las herramientas de producción sin interrupción [y a una ampliación] de los tiempos de prestación...”.

Para ello, varias ideas han sido propuestas; en particular, la neutralización de tres de los seis días feriados de origen cristiano (lunes de Pentecostés, Ascensión y 15 de agosto), que los empleados puedan tomar de la manera que gusten (a reserva de las necesidades del servicio): “[estos] tres días banalizados serían [entonces] a disposición de cada empleado y podrían ser tomados según la preferencia del empleado de la empresa. En cambio, se recomendó mantener Navidad, lunes de Pascua y Todos los Santos, ya que dichas fiestas tienen hoy en día “una fuerte dimensión social”.

24 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

A priori audaces, ¿son verdaderamente innovadoras dichas propuestas? La respuesta es negativa, ya que habían sido propuestas hace más de diez años y fueron retomadas recientemente por la “Misión de información sobre la práctica del uso del velo integral sobre el territorio nacional”, la cual recomienda — para luchar “contra los prejuicios” y a favor de una “justa representación de la diversidad espiritual”— “el reconocimiento simbólico de las festividades de las religiones más representadas”.⁵⁹

4. El caso Baby Loup⁶⁰

Hemos llegado ante este famoso conflicto, mediático y judicial, del cual hemos buscado presentar el amplio contexto, para examinar ahora sus soluciones jurisprudenciales, las cuales, a nuestro parecer, muestran a la vez la resistencia ante el incremento de la expresión religiosa en el trabajo arriba descrito y la búsqueda de nuevas rutas para conciliar convicciones religiosas y exigencias laborales, pasando por el rodeo judicial europeo.⁶¹

A. ¿Seis interpretaciones sucesivas?

Cinco jueces o autoridades han examinado el caso desde el año 2010,⁶² hasta el fallo definitivo de un sexto juez de mane-

⁵⁹ <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>.

⁶⁰ Esta parte ha sido ampliamente inspirada por la intervención del profesor Patrice Rolland durante el debate organizado por el Instituto Europeo de las Ciencias de las Religiones (IERS) e Identidades y Religiones, Estudios de los Nuevos Retos (IRENE) el 9 de abril de 2014: *El caso de la guardería Baby Loup: ¿una cuestión de laicidad?* presentado por I. Saint-Martin y S. Taussig con C. Eliacheff, P. Rolland, M. Moisseff, A. Bidar, N. Cadène y Ph. Gaudin.

⁶¹ Gwénaëlle Calvès, “Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup, quelle lecture européenne du problème?”, *Revue du Droit du travail*, 2014, p. 94.

⁶² Avis de la Haute autorité de lutte contre la discrimination et l'exclusion (HALDE) 10. de marzo de 2010; Conseil de Prudhommes de Mantes la Jolie, 13 de diciembre de 2010; Cour d'appel de Versailles, 27 de octubre de 2011; Chambre sociale de la Cour de cassation, 19 de marzo de 2013; Cour d'appel de Paris, 27 de noviembre de 2013.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 25

ra solemne en audiencia plena el 26 de junio de 2014. Todas estas jurisdicciones, aun cuando adoptaron la misma solución, motivaron de manera diferente su decisión, y haciéndolo, progresaron en la comprensión de la problemática, a pesar de la impresión de cacofonía.

En su opinión del 1o. de marzo de 2010, la HALDE, consultada en primer lugar, y entregando una deliberación sin otra fuerza que la de su reputación moral, había estimado a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado que la guardería no constituía un servicio público; por lo tanto, no podía imponer en su reglamento el principio de laicidad, entendida como neutralidad religiosa de los empleados en su vestimenta y palabras. El Código del trabajo que se aplica en las relaciones de derecho privado protege la libertad de convicciones y la libertad de expresión de estas convicciones —especialmente religiosas—. Y no permite, a menos que existan razones expresas y prácticas, la prohibición de una vestimenta religiosa que no estorbe de manera concreta la ejecución de la tarea.

La jurisdicción laboral de Mantes la Jolie, el 13 de diciembre de 2010, se apartó explícitamente de la opinión de la HALDE, al considerar, en cambio, que el reglamento interior podía imponer la neutralidad confesional y política y que, además, la guardería ejercía una actividad de “servicio público”. El juez validó, asimismo, el posible recurso al principio de laicidad en una estructura de derecho privado, y consideró que el comportamiento de la empleada había justificado su despido.

La Corte de apelación de Versailles confirmó el despido, el 27 de octubre de 2011, pero descartó una de las dos motivaciones del juez laboral. Evitó recurrir a la calificación de servicio público —calificación delicada al tratarse de una guardería asociativa— y consideró que el reglamento interior de la guardería, al imponer la neutralidad del personal, solo había presentado restricciones justificadas y proporcionadas a la libertad de expresión de las convicciones religiosas. La Corte consideró de forma manifiesta que la asociación tenía el derecho de *establecer*

26 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

opciones pedagógicas en el marco del servicio de atención a la pequeña infancia, al señalar que “estos niños y niñas, teniendo en cuenta su corta edad, no deben ser confrontados a manifestaciones ostentosas de pertenencia religiosa”.

La Sala Social de la Corte de Casación conmocionó los ánimos al cancelar, el 19 de marzo de 2013, la decisión de los jueces del fondo de Versailles, con base en argumentos ya señalados por la HALDE. Al optar por una interpretación administrativista de la palabra “neutralidad”, la Sala Social consideró que la guardería no gestionaba un servicio público y que por lo tanto, no se aplicaba el principio de laicidad. Al considerar que el artículo L. 1321-3 del Código del Trabajo señala que solo las restricciones necesarias y proporcionadas pueden ser aplicadas al ejercicio de una libertad, especialmente la religiosa, estimó que la cláusula del reglamento interior impugnada instauraba una restricción demasiado general e imprecisa, que no respondía a las exigencias de dicho artículo. En conclusión: la Sala Social no admitió el argumento de los jueces de Versailles, relativo al derecho legítimo de una organización privada de imponer condiciones “ideológicas” de laicidad, justificadas por sus actividades.

Es así como la Corte remitente —la Corte de apelación de París— que debía juzgar la cuestión en el fondo siguiendo las indicaciones dadas por la Sala Social, se encontró frente a un litigio sin resolver, y buscó una solución audaz que le permitiría validar el despido de la empleada, sin recurrir al argumento del ejercicio de una misión de servicio público. En cierto modo, la Corte de apelación de París logró retomar la posición de la Corte de apelación de Versailles, pero su cuidadosa motivación desplazó el problema de la “laicidad” de la guardería de una manera bastante hábil y atrayente.

B. *El rodeo europeo*

Las diferentes soluciones dadas por el juez francés deben ser todavía planteadas en el contexto de la jurisprudencia del Tri-

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 27

bunal Europeo de los Derechos Humanos, la que, desde algunos años, ha proporcionado respuestas importantes en este terreno. También es útil reubicarlas en el contexto del derecho de la Unión Europea, también muy utilizado.

En primer lugar, la Sala Social de la Corte de Casación, al buscar contestar si la exigencia de neutralidad confesional podía aplicarse en el caso como “una exigencia profesional esencial y determinante”, aplicó un modo de control formulada por las directivas antidiscriminación de la Unión Europea e inscrito desde 2008 en el artículo L. 1132.1 del Código del trabajo. Ello significa que analizó el deber de reserva establecido por el reglamento interior como una diferencia de trato directamente fundada sobre la religión o las convicciones. ¿Es esta posición compatible con el respeto por parte de Francia de los derechos y libertades consagradas por el derecho comunitario y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos? En todo caso, se basa en la aplicación un poco abrupta de un derecho de la Unión Europea, cruzado, en la materia, por varias dudas.

La Corte remitente, por su lado, parece haber buscado reducir la distancia entre la Corte de Luxemburgo (garante del derecho comunitario) y la de Estrasburgo (garante del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En un fundamento sutil, mantuvo el modo de control escogido por la Sala Social de la Corte de Casación. Pero al mismo tiempo ha optado por una calificación jurídica del empleador que tiene normalmente por efecto sustraer a este, en cierta medida, al derecho común de la no discriminación en materia de trabajo y de empleo. Asimismo, la Corte remitente caracterizó a la asociación Baby Loup como una empresa “de tendencia, ideológica o de convicción”; es decir, una empresa que no solamente proporciona bienes o servicios, sino también que reclama una filosofía, una ética indisociable de su objeto. En esta ocasión, una “ideología laica”. Para admitir tal calificación, los jueces de la Corte de Apelación de París han argumentado que Baby Loup era “una empresa de convicción

28 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”.

C. *El resultado obtenido: no es posible calificarse como servicio público para imponer al personal el principio de laicidad*

Resultante de estas jurisprudencias, la guardería Baby Loup no puede ser considerada como una asociación que cumple una misión de servicio público. La opinión de la HALDE, desde un principio, había recordado la jurisprudencia y las reservas del Consejo de Estado respecto de la extensión de la noción. Por lo demás, parece que la asociación gerente de la guardería había rechazado la solución de una delegación de servicio público, debido a una preocupación de autonomía en la organización y en la pedagogía. *Un financiamiento público aún importante no basta para llevarse la calificación de servicio público.* Por lo tanto, la Sala Social de la Corte de Casación rechazó directamente la afirmación del juez de primera instancia, al señalar que “el principio de laicidad... no es aplicable a los empleados de derecho privado que no administran un servicio público”.⁶³

Esta afirmación implica algunas consecuencias generales. La laicidad es una obligación limitada a los servicios públicos. Esto significa que la laicidad del Estado (o de la República) no entraña la de Francia. Por lo tanto, importa distinguir más de lo que hacemos en el debate ordinario entre *la laicidad del Estado* y *la laicidad como convicción filosófica particular*.

Las consecuencias jurídicas, asimismo, son claramente identificadas por el juez: *en una relación de derecho privado, se*

⁶³ Esta solución debe ponerse en perspectiva con la decisión del mismo día y del mismo juez en un caso similar de uso del velo en el trabajo (Caisse primaire d'assurance maladie de la Seine-Saint-Denis, 19 de marzo de 2013): “La Corte de apelación ha aceptado exactamente que los principios de neutralidad y de laicidad del servicio público son aplicables al conjunto de los servicios públicos, incluso cuando estos están asegurados por organismos de derecho privado”.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 29

aplica el Código del trabajo. Este garantiza desde hace mucho el principio de respeto de las convicciones, no solamente de la libertad de opinión, sino también de la libertad de expresión. Ello vale en materia política, sindical, pero también religiosa o filosófica. Lo ratificó la Sala Social de la Corte de Casación al recordar los artículos L.1121-1, L. 1132-1, L.1133-1 y L.1321-3 del Código del Trabajo. Ninguna libertad es absoluta, incluyendo la libertad de conciencia y de convicción; por lo tanto, pueden ser objeto de limitaciones, pero de acuerdo con condiciones estrictas y bajo el control del juez.

En el ámbito de las relaciones de trabajo, el principio que recordó la Sala Social de la Corte de Casación es que “las restricciones deben ser justificadas por la naturaleza de la tarea que cumplir, responder a una exigencia esencial y determinante, y proporcionada al objetivo”. Estas condiciones son consideradas de manera estricta por el juez, al tratarse de una libertad fundamental. El reglamento de la guardería Baby Loup fue examinado a la luz de dichos principios. Mientras la Corte de apelación de Versalles había considerado que se trataba de un límite justificado y proporcionado a la tarea que cumplir, la Corte de Casación, en su Sala Social, estimó, en cambio, que se trataba de una “restricción general e imprecisa” que no respondía a las exigencias de la ley, y por lo tanto, que *el despido era discriminatorio al descansar en un motivo religioso*.⁶⁴

D. *La solución de transacción de la Corte remitente: la empresa de “tendencia”*

La decisión tomada por la Corte de Apelación de París el 27 de noviembre de 2013 muestra una resistencia a la solución de la Corte de Casación, que había considerado que el reglamento

⁶⁴ Notemos que la Corte sólo aceptó uno de los motivos que caracterizan la falta grave desde el punto de vista del empleador (el uso de un signo visible de pertenencia religiosa), y no la actitud general de la empleada que habían advertido los jueces del fondo (comportamiento de intimidación, falso testimonio, etcétera).

30 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

establecía una restricción general e imprecisa, lo que parecía implicar la anulación del despido. Sin embargo, la Corte remittente mantuvo la validez del despido y confirmó la sentencia del juez de primera instancia de Mante la Jolie. La decisión estuvo particularmente bien redactada. El juez efectuó un control muy preciso de las calificaciones, pero, sobre todo, desplazó de forma muy hábil el problema.

Al considerar que la guardería corresponde a una empresa de “tendencia”, el juez evita el debate sobre la naturaleza del servicio público. Si bien la guardería no es un servicio público, considera que cumple una misión de interés general. Este tipo de misión ha sido confiado desde mucho tiempo a personas de derecho privado. Al establecer un vínculo con el carácter no lucrativo de la asociación y con un *compromiso pedagógico netamente determinado*, se vuelve posible recurrir a la noción jurisprudencial de empresa de tendencia o de convicción, lo que permite superar varias dificultades. Hace posible imponer a los empleados el respeto y la lealtad hacia las convicciones que organizan la empresa o la asociación. En el caso de la asociación Baby Loup, las convicciones de los gerentes dependen de forma bastante clara de una orientación filosófica laica (o humanista como se diría en Bélgica). Ello aparece de forma muy clara en las motivaciones de algunos de los jueces del fondo: “niños y niñas, tomando en cuenta su corta edad no deben ser confrontados a manifestaciones ostentosas de pertenencia religiosa” (Corte de Apelación de Versalles, 27 de octubre de 2011), “respetar y proteger el despertar de la conciencia de niños y niñas” (Corte de Apelación de París, 27 noviembre de 2013).⁶⁵ Dicha opción no puede ser confundida con la laicidad del Estado. La neutralidad del Estado y del servicio público prohíbe al Estado favorecer o desfavorecer una convicción religiosa o filosófica.

⁶⁵ En cambio, la HALDE había subrayado que este argumento no respondía a las condiciones objetivas del Código del Trabajo: el ejercicio de la libertad religiosa no puede ser asimilado, sin otro hecho adicional, a una amenaza para la integridad de los niños y niñas.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 31

Asimilar la neutralidad a la invisibilidad constituye una opción filosófica particular, que no puede ser la del Estado, ya que conduciría a la negación práctica de elementos sustanciales de la libertad religiosa tanto de los niños como de los padres. “Como elección filosófica particular, especialmente en materia de educación, se trata, en cambio, de una ‘tendencia’ o convicción que tiene el derecho a ejercerse en estructuras propias”. La interpretación filosófica laica de la neutralidad religiosa ya no es aquí la del Estado, sino de algunas personas de las cuales es convicción personal,⁶⁶ y por lo tanto puede desarrollarse en este tipo de instituciones. Al estar debidamente informado en la firma del contrato, el empleado de una asociación o de una empresa de tendencia no puede hacer valer sus propias convicciones en contra de la regla que impone la ausencia de visibilidad, por ejemplo.

Sin embargo, la Corte de Apelación de París, al invocar el estatus de empresa de convicción o de tendencia, no omite su papel de garante de la libertad individual. En efecto, su motivación muestra un control muy preciso de las calificaciones. No debe olvidarse que la empresa de tendencia constituye una derogación a las garantías del Código del Trabajo respecto de la libertad de convicciones del empleado. Ello llama a un control riguroso de las calificaciones y de las derogaciones.

- Para evitar el reproche de la generalidad y de la imprecisión, la Corte de Apelación de París estableció un control en primer lugar la calificación de la empresa de tendencia. Ya que se trata de aceptar excepcionalmente una derogación importante a los principios de libertad de conciencia y de convicciones del empleado, cualquiera podría calificarse de esta forma para escapar

⁶⁶ Prohibir la visibilidad de signos religiosos, que son visibles de forma cotidiana por los niños en sus familias o en la calle, corresponde a un principio filosófico de desconfianza respecto de la religión, la cual sólo debería ser accesible tras el desarrollo de la razón del niño y de su espíritu crítico.

32 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

a la ley. La Corte insiste aquí sobre cierta manera laica de concebir el cuidado y la educación de niños y niñas pequeños: proteger de la influencia religiosa conciencias que no están formadas todavía, opción filosófica cercana a la Ilustración francesa y al militantismo laico de los siglos XIX y XX, lo que no debe ser confundido con la laicidad del Estado. La Corte se muestra preocupada por la necesidad de la medida, que estimó fundada sobre el respeto de la libertad de conciencia de los niños y niñas (habría también, teniendo en cuenta su edad, que agregarle la de sus padres) y del pluralismo de las mujeres que tuvieron acceso a los servicios de la asociación.

- Controla también la proporcionalidad de las afectaciones a la libertad del empleado. Las restricciones les parecen lo suficientemente precisas. Sólo son limitadas a algunas actividades, y por lo tanto no constituyen una prohibición general: sólo las actividades que implican un contacto con los niños y niñas están relacionadas, y no las demás actividades de la asociación. Habrá también que recordar que la empresa de tendencia no abole el respeto de la vida privada.⁶⁷ La libertad de expresar sus convicciones, especialmente religiosas, se mantiene entera fuera del trabajo.

⁶⁷ Este principio ha sido claramente establecido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en las decisiones *Obst y Schüth v. República Federal de Alemania* del 23 de septiembre de 2010. Ambas decisiones dan otro ejemplo de esta capacidad propia a la actuación jurisdiccional respecto de la intervención legislativa: adaptar estrictamente la derogación a principios de libertad. Un responsable de la Iglesia mormona debe ser leal a los principios de su comunidad de convicciones, y puede ser despedido por haberlos violados. Un organista de parroquia no puede ver su estatus "clericalizado" y su divorcio seguido por de un nuevo matrimonio no puede ser motivo de despido. La Sala social de la Corte de Casación había adoptado los mismos principios limitativos, especialmente en el caso *Painsecq* (Cass. soc., 17 avril 1991); voir "Traité français de droit des religions", *LexisNexis*, núm. 1900, 2013, pp. 1224 y ss.

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 33

E. *La respuesta final de la Asamblea plena de la Corte de casación: ¿una vuelta a los orígenes?*

En una opinión del 7 de junio de 2014, y en la óptica de la audiencia del Pleno, el procurador general preconizó el rechazo del último recurso de Fatima Afif, quien recusaba la confirmación de su despido por la Corte de Apelación de París el 27 de noviembre de 2013. Sin embargo, el procurador general señaló que dicha jurisdicción estaba equivocada, al considerar a Baby Loup como una “empresa de convicción en condiciones de exigir la neutralidad de sus empleados”. Ello no era necesario. El reglamento interior de la guardería, que buscaba proteger la libertad de conciencia de los niños y niñas recibidos, era suficiente para prohibir legalmente a los empleados manifestar sus convicciones religiosas. Siguiendo la opinión del procurador general, el Pleno negó, en su muy esperada sentencia del 24 de junio de 2014,⁶⁸ el recurso formado en contra del fallo de la Corte remitente y confirmó el despido.

Se dio, de esta manera, una contribución importante a la búsqueda contemporánea del lugar de la expresión religiosa en el trabajo, en una sociedad secularizada y laicizada. Precisamente, y aun cuando suscita apreciaciones diversas –soluciones a un caso particular para unos, en “media tinta” para otros⁶⁹– esta decisión parece haberse entendido como un análisis –no solamente coherente y ortodoxo–, pero también *equilibrada* y más precisamente aun, en concordancia con las preconizaciones de algunos observadores del hecho religioso en la empresa.

En primer lugar, haciendo obra de clarificación y dando la razón a su Sala Social, el Pleno de la Corte de Casación operó un regreso a los orígenes, con base en un doble rechazo: rechazo, primero, de toda ampliación directa del principio de laicidad en ausencia de una misión de servicio público; y rechazo, en

⁶⁸ Ass. plén., 25 de junio de 2014, 13-28.369, FS-P+B+R+I.

⁶⁹ Bossu, B., “Affaire baby Loup: la décision en demi-teinte de l’assemblée plénière”, *JCP, S*, núm. 1287, 2014.

34 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

segundo, de la utilización del concepto de la empresa de convicción cuyo reconocimiento, en caso de cumplir una misión de interés general, habría permitido una extensión —esta vez indirecta— del principio de neutralidad religiosa. Asimismo, sobre la base de un principio de laicidad recuadrado y circunscrito, esta solución contribuye de manera oportuna a la preservación de la libertad religiosa en el ámbito laboral.

Además de *coherente*, este análisis es también moderado, ya que, mediante el reglamento interior, da a un jefe de empresa los medios para preservar el interés colectivo de la empresa, sin afectar de manera desconsiderada los derechos y libertades de los empleados. En efecto, al regresar a los principios fundamentales en la materia, el Pleno recuerda claramente que en aplicación de los artículos L. 1121-1 y L. 1321-3 del Código del Trabajo, las restricciones que pueden ser impuestas a los derechos y libertades de las personas —y por lo tanto a la libertad del empleado de manifestar sus convicciones religiosas— deben ser justificadas por la naturaleza de la tarea que cumplir, y proporcionadas al propósito buscado. ¿Las consecuencias? A la luz de los elementos en su posesión, y al contrario de lo que había juzgado la Sala Social, la Corte remitente debía ser aprobada al haber considerado que la restricción a la libertad de manifestar su religión dictada por el reglamento interior de la asociación no presentaba un carácter general, sino que era lo suficientemente precisa, justificada por la naturaleza de las tareas cumplidas por los empleados de la asociación y proporcionada al objetivo buscado.

5. Algunas consideraciones finales

El caso Baby Loup permitió al juez, entender mejor la laicidad francesa y la libertad religiosa en contexto laboral, mediante una sutil disociación de las posibilidades de expresión religiosa en función del ámbito profesional, público o privado. Sin embargo,

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 35

cabe recordar que se trata solamente de un caso, y el legislador puede siempre imponer severas limitaciones, lo que sería muy perjudicial.

Conviene insistir a manera de conclusión sobre la naturaleza de la actuación jurisdiccional, proceso fundamental e ineludible en la aplicación de las libertades y de su garantía efectiva. El juez solo resuelve conflictos particulares. No es legislador, y solo efectúa un análisis caso por caso. Asimismo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos recuerda con frecuencia que juzga *in concreto*. Su función propia es ser lo más cercano posible a las circunstancias de cada caso. El juez organiza el paso de la regla general e impersonal al caso particular. Nada lo muestra mejor que el fallo del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos *Eweida et al. vs. Reino Unido* del 15 de enero de 2013.⁷⁰ En este caso, las dos reclamantes habían sido sancionadas en su país por haber usado un mismo signo religioso (una cruz en el cuello, usada de forma visible). El Tribunal Europeo consideró que en el primer caso se había violado el derecho a expresar las convicciones religiosas, garantizado por el artículo 9o. del Convenio, mientras que en el segundo caso, no.⁷¹ Estos expedientes son una buena ilustración del papel del juez como árbitro de las restricciones a una libertad fundamental, de la manera más justa posible en función de las condiciones particulares de cada caso. Sin embargo, ante la complejidad aparente o real de la actuación del juez, la opinión pública suele pedir auxilio al legislador para obtener una ley general que dicte claramente las reglas aplicables. Su precio es la rigidez de la solución. En

⁷⁰ Dos meses antes de las dos decisiones 536 (Fatima X...c/association Baby-Loup) y 537 (Mme X... nc/Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-Saint-Denis) de la Sala Social del 19 marzo de 2013. No hemos advertido lo suficiente la simetría (probablemente voluntaria y, en todos casos, muy significativa) de las dos decisiones, europea y francesa: hechos idénticos (uso de signos de pertenencia religiosa en el trabajo) pero soluciones diferentes en función de las circunstancias de cada caso.

⁷¹ Injustificado en el caso de una empleada de la compañía aérea British Airways, pero justificado para una enfermera que trabaja en un hospital (motivo de higiene y de seguridad).

36 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

Francia, el legislador no intervino para reglamentar u organizar una libertad, sino, a fin de cuenta, para reducirla o prohibirla (Ley de 2004 sobre el uso de los signos religiosos en la escuela pública; Ley de 2010 sobre el velo integral). Cuando en ambos casos, el juez administrativo, dejado al carisma propio de su función, había modulado el ejercicio de este derecho a expresar sus convicciones según las personas (docentes o alumnos), según los lugares (naturaleza de los cursos o actividades), según el comportamiento concreto del alumno (proselitismo abusivo, desacato, etcétera), según las necesidades de la protección del orden público (control de identidad...). Ciertamente, la actuación jurisdiccional exige un análisis caso por caso y no da soluciones previas, generales y absolutas.

Una segunda dificultad reside en la presencia de nociones poco evidentes en el debate público. La primera perplejidad surge respecto de la relación establecida entre visibilidad y proselitismo. La opinión de la HALDE ya había subrayado esta dificultad: “el ejercicio de la libertad religiosa *sin proselitismo* no puede en sí mismo, ser considerado como una amenaza para la integridad de los niños y niñas y de su familia”.⁷² En cambio, los jueces del fondo de Versalles utilizaron el argumento como justificativo de restricciones a la libertad de expresión de convicciones religiosas, al insistir que los niños y niñas, teniendo en cuenta su edad, no deben ser confrontados a manifestaciones ostentosas de pertenencia religiosa. La perplejidad viene de la equiparación entre visibilidad, ostentación y proselitismo. En Francia, el término proselitismo nunca es descriptivo, sino negativo, al contrario del derecho del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que distingue entre el proselitismo legítimamente deducido del principio de libertad religiosa, y el proselitismo abusivo.⁷³ La identificación francesa

⁷² Délibération núm. 2010-82, 1o. de marzo de 2010.

⁷³ Sobre este punto véase Rolland, P., “La régulation de la liberté religieuse: le cas du prosélytisme”, *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 577-589. La note de l’Observatoire de la laïcité, *Laïcité et*

El caso Baby Loup en Francia: ¿cuál debe ser el lugar... / 37

entre visibilidad y proselitismo prohíbe toda transacción entre dos principios antagónicos: la libertad individual de expresar sus convicciones religiosas y el respeto de la igualdad libertad de los demás. En cuanto hay visibilidad, la única solución es la prohibición, ¡lo que contradice el principio fundamental planteado en 1789! En realidad, en Francia nos encontramos ante una elección filosófica particular, que se expresó tras 1989 para rechazar la solución planteada por la circular Jospin, la cual modulaba la prohibición del velo islámico en las escuelas según las circunstancias concretas de cada caso. La circular Bayrou, del 20 de septiembre de 1994, equiparaba claramente visibilidad, ostentación y proselitismo, equiparación que rechazó constantemente el Consejo de Estado.⁷⁴ La resistencia de la jurisprudencia administrativa en contra de una solución prohibitiva general y absoluta solo fue vencida por la intervención del legislador en 2004. En todos estos casos se observa, además, una tendencia a la esencialización de las actitudes, que contribuye *in fine* a una interpretación desfavorecedora del ejercicio de ciertas libertades, al presumir comportamientos negativos respecto de algunos signos exteriores. En una sociedad de libertad, se debería tomar en cuenta lo que está hecho y no lo que parece serlo.⁷⁵ La neutralidad constituye en sí misma una noción problemática, no en su concepto, sino en su aplicación concreta, al ser difícil determinar de manera abstracta una esencia de la neutralidad. Se trata de una actitud concreta, que se desarrolla en la reserva, en la discreción, en el respeto hacia los demás, en la ausencia de proselitismo activo sobre el terreno de las convicciones. Un principio así solo puede apreciarse concretamente y en el marco

gestion du fait religieux dans les structures socio-éducatives, rappelle ces principes (pp. 5 y 6).

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Conseil d'État, 27 de noviembre de 1996, époux Jeouit: el solo uso del velo en ausencia de otra circunstancia no constituye un acto de presión o de proselitismo.

⁷⁵ Dicha evolución ha marcado de buena manera la lucha en contra de las sectas. La Miviludes renunció a identificar la esencia de la secta para limitarse a la sanción de lo que ha sido hecho.

38 / Isabelle Desbarats • Blandine Chelini-Pont

de circunstancias particulares. ¿Se debe presumir un proselitismo abusivo o el no respeto de la neutralidad con el simple uso de un signo? ¿Podemos, al contrario, presumir el respeto de la neutralidad al ser ausente un signo de pertenencia religiosa? El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en Gran Sala confirmó que el signo religioso visible no es en sí prosélito si no es acompañado de un comportamiento característico.⁷⁶

En el corazón de este debate, la concepción de la neutralidad que se impone a los servicios y a las personas que actúan en el ámbito socioeducativo destinado a la niñez o a la juventud, en una sociedad sujeta a formas de pluralidad cada vez más afirmadas. Dos enfoques muy diferentes entran en pugna aquí, aunque la finalidad y el sentido de esta neutralidad es idéntica en ambos casos.⁷⁷ Constituye uno de los medios esenciales para asegurar el respeto de los demás en todas sus dimensiones. Un primer enfoque, ciertamente motivado por una gran desconfianza respecto de la carga de intolerancia que puede vehicular una religión, entiende a la neutralidad como una ausencia de visibilidad. La segunda, menos recelosa hacia el hecho religioso, opta por la visibilidad, a condición de que sea respetuosa de la pluralidad. Es precisamente entre estos dos enfoques que se jugarán los desafíos y la evolución de la laicidad *a la francesa*.

⁷⁶ TEDH, Grande, Sala, 18 de marzo de 2011, Lautsi c/Italia.

⁷⁷ Se supone aquí que la neutralidad no es la máscara de una lucha antirreligiosa.

LA EXPRESIÓN “ALABADO SEA DIOS” EN LOS BILLETES BRASILEÑOS DE REAL

Jefferson APARECIDO DIAS*

1. Introducción

La Fiscalía Regional de los Derechos del Ciudadano es un organismo del Ministerio Público Federal que tiene como atribución, entre otras, la defensa de los derechos constitucionales de la persona, con vistas a la garantía de su efectivo respeto por los poderes públicos y los prestadores de servicios de interés público.

En 2012, en el ejercicio de dichas atribuciones, una de las actuaciones que obtuvo mayor repercusión nacional e internacional fue la acción civil pública propuesta con el objetivo de retirar de los billetes de real la expresión “Alabado sea Dios”.

El procedimiento en el que se interpuso la acción tuvo inicio a partir de la representación de un ciudadano que había manifestado su inconformidad con la existencia de la mencionada

* Máster en teoría del derecho y el Estado por la Fundación Eurípides de Marília; doctor en derechos humanos y desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España), y profesor de programas de especialización. Agente fiscal de la Procuraduría de la República de la ciudad de Marília, Estado de São Paulo, Brasil, y fiscal regional de los Derechos del Ciudadano Sustituto del Estado de São Paulo. Es el suscriptor de la acción civil pública 0019890-16.2012.403.6100, en trámite ante el Juzgado Séptimo de lo Civil de São Paulo, que pretende excluir de los billetes de real la expresión “Alabado sea Dios”.

40 / Jefferson Aparecido Dias

expresión en los billetes brasileños, alegando que la misma violaba la laicidad del Estado.

Durante la instrucción del mencionado procedimiento, muchas fueron las dificultades encontradas, toda vez que el Banco Central, el Consejo Monetario Nacional, la Casa de la Moneda y el mismo Ministerio de Hacienda se manifestaban de manera evasiva y contradictoria, haciendo recaer uno sobre el otro la responsabilidad por la inclusión y el mantenimiento de dicha expresión.

Esa dificultad en la obtención de datos solo se superó con la divulgación del voto del ministro del Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, en el juicio de la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF, por sus siglas en portugués) 54/DF, que trataba del aborto de fetos anencefálicos, en el que se presentaron distintos datos acerca del tema, en especial los actos administrativos practicados para la inclusión de la expresión y sus autores, los cuales se utilizaron para el planteamiento de la acción civil pública propuesta.

En el presente artículo se exponen los argumentos utilizados para la interposición de la acción y otros que presentaron posteriormente los diversos profesionales que se manifestaron acerca del tema. Además, se enuncian algunos contraargumentos con respecto a las justificaciones dadas por quienes defienden la legalidad de la inclusión y la permanencia de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños.

Antes, no obstante, se presentan algunos aspectos históricos de las monedas brasileñas y también de la inclusión de la expresión en 1986.

Finalmente, lo que se espera es que la presentación de dichas informaciones permita la reflexión sobre uno de los más importantes temas de la actualidad: la laicidad del Estado.

2. La historia de las monedas brasileñas

Después del descubrimiento de Brasil, la primera “moneda” del país fue el azúcar, el que desde 1614 pasó a considerarse

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 41

como dinero, por determinación del gobernador Constantino Menelau.¹

Con el inicio de la colonización portuguesa, llegaron juntamente con el azúcar las primeras monedas metálicas. El estándar monetario de entonces era el real, y su plural "réis". Es curioso que, por un breve periodo, de 1580 a 1640, durante la dominación de Portugal por España, la moneda de Brasil fuera el real hispanoamericano, acuñado en Bolivia.²

Después del real, en 1942, Brasil adoptó, por primera vez, el cruzeiro como moneda oficial e inició una práctica, que se repetiría muchas veces en el futuro: la eliminación de tres ceros de todos los precios y valores del mercado.

En su primera existencia, el cruzeiro no tuvo una vida larga, y en 1967 ganó el adjetivo "nuevo", adoptándose el cruzeiro nuevo como moneda brasileña, una vez más con el corte de tres ceros.

A continuación, en 1970, se dispensó el adjetivo "nuevo" y el cruzeiro volvió a ser la moneda oficial del país, lo que perduró hasta 1986, cuando se adoptó el cruzado, de nuevo con la exclusión de tres ceros.

En los años siguientes, el cambio de moneda fue más intenso. En 1989 se adoptó el cruzado nuevo, también con la eliminación de tres ceros, y en 1990 el cruzeiro retornó, no por mucho tiempo, puesto que en 1993 fue reemplazado por el cruzeiro real, nuevamente con la exclusión de tres ceros.

Por fin, el 1o. de julio de 1994, se dispensa el término cruzeiro y, después de un transcurso en el tiempo, se vuelve a adoptar el real como moneda nacional, situación que perdura hasta los días actuales. Es curioso subrayar que el real ahora adoptado tiene quince ceros menos que su ancestral, que existió en el Brasil colonial.

¹ A MOEDA no Brasil. Obtenido en www.educacional.com.br/reportagens/dinheiro/brasil.asp. Consultado el 7 de marzo de 2013.

² *Idem*.

42 / Jefferson Aparecido Dias

Un breve resumen de ese cambio constante de estándar monetario se puede observar en el recuadro siguiente.³

<i>Denominación</i>	<i>Símbolo</i>	<i>Vigencia</i>
Real: periodo colonial hasta el 07/10/1833. Era conocido popularmente como “Réis”.	R	Hasta el 7/10/1833
Mil Réis: Vigente desde el Segundo Imperio.	Rs	08/10/1833 al 31/10/1942
Cruzeiro: en 1942, con la inflación durante la 2a. Guerra, el Real se convierte en Cruzeiro y se cortan tres ceros.	Cr\$	01/11/42 al 12/02/67
Cruzeiro Nuevo: con la inflación, el poder de compra del cruzeiro se reduce mucho y se cortan tres ceros más.	NCr\$	13/02/67 al 14/05/70
Cruzeiro: en 1970, el cruzeiro nuevo vuelve a llamarse cruzeiro.	Cr\$	15/05/70 al 27/02/86
Cruzado: el 28 de febrero de 1986, el plan cruzado corta tres ceros de la moneda, que pasa a llamarse cruzado.	Cz\$	28/02/86 al 15/01/89
Cruzado nuevo: en enero de 1989, el Plan Verano congela los precios, crea el cruzado nuevo y corta tres ceros.	NCz\$	16/01/89 al 15/03/90
Cruzeiro: en marzo de 1990, el entonces presidente Collor bloquea las aplicaciones financieras y la moneda vuelve a ser el cruzeiro.	Cr\$	16/03/90 al 31/07/93
Cruzeiro real: en agosto de 1993, la moneda pierde tres ceros nuevamente y se convierte en cruzeiro real. En los 11 meses de su existencia, el cruzeiro real acumuló una inflación del 3.700%.	Cr\$	01/08/93 al 30/06/94

³ *Idem.*

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 43

<i>Denominación</i>	<i>Símbolo</i>	<i>Vigencia</i>
Real: en julio de 1994, el presidente Itamar Franco crea el real, cuyo plural es reais. Antes que entrase en circulación, se mantuvo vigente una unidad de cuenta, no de cambio, llamada URV - Unidad Real de Valor, con variación diaria. La economía era estimulada a utilizarla como referencia. Cuando la URV llegó a 2.750 cruzeiros reais, la nueva moneda, real, entró en vigor.	R\$	Entró en vigor el 1/07/94

Una vez hecha esa breve exposición acerca de las monedas de Brasil, se presentarán en el próximo tópico los detalles de la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños.

3. La inclusión de la expresión

En un primer momento, el observador distraído puede imaginar que la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños se remonta a centenares de años, como fruto de la tradición de la colonización portuguesa de Brasil.

En las palabras del ministro Marco Aurélio:⁴ “En principio, podría considerarse un resabio de la colonización portuguesa, cuando era común la emisión de monedas con subtítulos religiosos, o de práctica proveniente del periodo imperial”.

Sin embargo, esa no es la realidad.

De las monedas antes mencionadas, sólo los billetes de cruzado desde 1986 pasaron a ostentar la expresión “Alabado sea Dios”, de acuerdo con la orientación del entonces presidente de la República, José Sarney.

⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 54/DF – Rel. Min. Marco Aurélio.

44 / Jefferson Aparecido Dias

Con la vuelta del crucero, en marzo de 1990, los nuevos billetes dejaron de contener la referida expresión, que fue reintroducida en 1992 solo en el billete de cincuenta mil cruzeiros. Por fin, con la adopción del real, se retiró la expresión nuevamente, siendo reintroducida solamente en el segundo semestre de 1994 y mantenida hasta la actualidad.⁵

El ministro Marco Aurélio presenta un breve resumen de los actos que fundamentaron la inclusión de la expresión:⁶

Una diligencia ante el Banco Central, no obstante, reveló que el Consejo Monetario Nacional – CMN, al aprobar las características generales de los billetes de Cruzados y Cruzeiros, recomendó, según la orientación de la Presidencia de la República, que en ellos estuviera inscrita la citada locución. En los billetes de Cruzados, empezó entonces a utilizarse incluso en los que tuvieron el subtítulo adaptado: Cz\$ 10,00 (Rui Barbosa), Cz\$ 50,00 (Oswaldo Cruz) y Cz\$ 100,00 (Juscelino Kubitschek) – Voto CMN 166/86, Sesión 468, del 26 de junio de 1986. Cuando volvió a entrar en vigor el estándar Cruzeiro (1990), se suprimió de inicio, incluso en los que tuvieron el subtítulo adaptado: Cr\$ 100,00 (Cecília Meireles), Cr\$ 200,00 (República) y Cr\$ 500,00 (Ruschi). Volvió a utilizarse a partir del billete de Cr\$ 50.000,00 (Câmara Cascudo), en 1992, con base en el Voto CMN 129/91 – Sesión 525, del 31 de julio de 1991. A comienzos del estándar Real, se retiró, pero retornó luego de la emisión de algunas series, en observancia a la solicitud del Ministro de Hacienda (Aviso no. 395, del 30 de marzo de 1994, del Ministerio de Hacienda, Voto BCB/221, Sesión 1.577, del 8 de junio de 1994, Comunicado MECIR 4.050, del 20 de julio de 1994).

Es curioso que el Aviso 395, del 30 de marzo de 1994, se extendió justo el último día laboral del entonces ministro de

⁵ Una relación completa de todos los billetes que circularon y circulan en Brasil, con todas sus características, se puede consultar en Museu de valores do Banco Central, <http://www.bcb.gov.br/?CEDBRLISTA>. Consultado el 16 de mayo de 2013.

⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental núm. 54/DF – Rel. Min. Marco Aurélio.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 45

Hacienda, Fernando Henrique Cardoso, que dejó su puesto para contender a la Presidencia de la República.⁷

Es bastante probable que dicha reinclusión haya tenido una motivación política, toda vez que era una de las reivindicaciones de la Iglesia católica, según la manifestación del entonces cardenal-arzobispo de Río de Janeiro, Eugênio Sales, quien afirmó: "Sería bueno que, oportunamente, retornase la frase, pues podría inspirar a las personas a utilizar mejor el dinero para el bien".⁸

Oficialmente, no obstante, la justificación presentada en el mencionado aviso del entonces ministro de Hacienda es que la inclusión de la expresión estaría vinculada a la supuesta "tradición del billete brasileño", que el fundamento legal sería la inclusión de la expresión "bajo la protección de Dios" (*sob a proteção de Deus*, en portugués) existente en el preámbulo de la Constitución y, además de eso, con miras a atender al interés de la mayoría.⁹

Bastante curioso es el hecho de que los argumentos presentados para la inclusión de la expresión hayan sido la supuesta "tradición" de su existencia en los billetes brasileños, puesto que durante los más de quinientos años de historia de Brasil sólo en las últimas décadas la referida expresión fue incluida. Así que si el objetivo es el de que prevalezca la tradición, lo ideal es que se excluya del billete brasileño esa expresión, que nunca debería haber sido puesta.

De hecho, la tradición es uno de los argumentos más peli-grosos para justificar la existencia y la permanencia de algo, conforme alerta Leonardo Sakamoto:¹⁰

⁷ Cédula sem "Deus" vale até R\$ 2.800, <http://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,cedula-sem-deus-vale-ate-r-2800,7291,0.htm>. Consultado el 16 de mayo de 2013.

⁸ *Idem*.

⁹ Nota-Jurídica PGBV-608/2012, adjuntada por la Unión Federal en los autos de la acción civil pública núm. 0019890-16.2012.403.6100.

¹⁰ Sakamoto, Leonardo, "Deus seja louvado" soa melhor que "Deus não existe" na nota de Real?, 12 de noviembre de 2012, <http://blogdosakamoto.blogosfera>.

46 / Jefferson Aparecido Dias

Me encanta cuando alguien apela a las “raíces históricas” para discutir algo. Como ya he dicho aquí, la esclavitud está en nuestras raíces históricas. La sociedad patriarcal está en nuestras raíces históricas. La desigualdad social estructural está en nuestras raíces históricas. La explotación de la mujer como mera reproductora y objeto sexual está en nuestras raíces históricas. Las decisiones de Estado tomadas por media docena de iluminados están en nuestras raíces históricas. Lavar el honor con sangre está en nuestras raíces históricas. Cazar a los indios está en nuestras raíces históricas. Y eso por hablar sólo de Brasil. Incluso porque quemar a las personas por intolerancia de pensamiento está en las raíces históricas de mucha gente.

De esta manera, aunque dicha “tradición” se remontara a los orígenes de Brasil, de por sí no sería apta para justificar la permanencia de la expresión, ante los aspectos jurídicos que aquí se presentarán.

Además de los argumentos expuestos por el Ministerio de Hacienda para la existencia del “Alabado sea Dios” en el billete brasileño, otros dos son enumerados con frecuencia por quienes defienden la colocación de dicha frase: la existencia de la expresión *in God we trust* (“en Dios confiamos”, en traducción libre) en el dólar, y la existencia del Cristo Redentor en Río de Janeiro.

En lo que se refiere a la inclusión de la expresión en la moneda norteamericana, es importante aclarar que sucedió en 1864, con la aprobación por el Congreso de la Ley del 2 de abril, la que autorizó la acuñación de la moneda de dos *cents*, la primera en traer la mencionada frase.¹¹

De esta manera, al contrario de Brasil, la existencia de la expresión en la moneda norteamericana forma parte de la historia

uol.com.br/2012/11/12/deus-seja-louvado-soa-melhor-que-deus-nao-existe-na-nota-de-real/. Consultado el 14 de noviembre de 2012.

¹¹ History of “In God we trust”, *http://www.treasury.gov/about/education/Pages/in-god-we-trust.aspx*. Consultado el 27 de mayo de 2013.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 47

del país y, aún más, la determinó una ley, lo que no ocurre en Brasil, tema que se discutirá a continuación en apartado específico.

Pese a eso, la existencia de la expresión ha generado gran controversia, y muchas son las peticiones que se proponen a fin de que se la retire.¹²

Con respecto al Cristo Redentor, es importante aclarar que, al contrario de lo que piensan algunos, la imagen no fue un regalo del gobierno francés a Brasil, puesto que la única involucración francesa con la estatua fue el hecho de que Paul Landowski hizo los brazos y el rostro de la escultura.¹³ La estatua del Cristo Redentor la compró la comunidad católica brasileña:¹⁴

Por orden del cardenal Don Sebastião Leme se organiza, en septiembre de 1923, la "Semana del Monumento", una campaña nacional para la recaudación de fondos para las obras. La sociedad en general se moviliza. Se venden rifas, se hacen fiestas, boy scouts piden dinero de puerta a puerta en las casas e incluso las tribus de los Bororós del estado de Mato Grosso contribuyen para hacer de este sueño una realidad (*sic*).

Además, actualmente, en la base de la estatua del Cristo Redentor existe la capilla de Nuestra Señora Aparecida,¹⁵ lo que demuestra que la referida estatua, al contrario de un monumento público, es, en realidad, un templo religioso, razón por

¹² Acerca del tema: "¿Qué implicaciones políticas tiene el «In God We Trust» que EEUU adoptó como lema nacional?", 16 de noviembre de 2011, <http://pijamasurf.com/2011/11/%C2%BFque-implicaciones-politicas-tiene-el-in-god-we-trust-que-eeuu-adopto-como-lema-nacional/>. Consultado el 27 de mayo de 2013.

¹³ "Cristo Redentor faz 80 anos! Afinal foi um presente da França para o Brasil ou não?", 12 de octubre de 2011. <http://www.midiainteressante.com/2011/10/cristo-redentor-faz-80-anos-afinal-foi.html>. Consultado el 27 de mayo de 2013.

¹⁴ *Cristo Redentor 80 anos. A história*, <http://www.cristo80anos.com/historia.html>. Consultado el 28 de mayo de 2013.

¹⁵ Capela do Corcovado, <http://www.riodejaneiroaqui.com/portugues/corcovado-capela.html>. Consultado el 27 de mayo de 2013.

48 / Jefferson Aparecido Dias

la que cualquier forma de interferencia en su funcionamiento no solo sería una violación a la libertad de culto y de no culto, sino que también un acto de laicismo, conforme se verá a continuación.

Por lo tanto, en nombre de la laicidad del Estado, es imposible que algún Tribunal determine la derribada del Cristo Redentor, conforme dijo temer el ministro Gilmar Ferreira Mendes.¹⁶

Hechas esas consideraciones acerca de la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños y algunos de los argumentos utilizados a tal efecto, en el próximo apartado se harán algunas consideraciones sobre la frase que consta en el preámbulo de la Constitución y que también se ha utilizado como justificación para la permanencia de su variante en los billetes.

4. El preámbulo de la Constitución

De acuerdo con la respuesta presentada por el Ministerio de Hacienda, la existencia de la expresión “bajo la protección de Dios” (*sob a proteção de Deus*, en portugués) en el preámbulo de la Constitución Federal, desde el punto de vista de una interpretación sistémica, permitiría una atenuación de la separación entre Estado e Iglesia y justificaría la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños.

Sucede que, conforme ha sido decidido por el Supremo Tribunal Federal, el preámbulo de la Constitución federal no tiene fuerza normativa, y se debe valorar su contenido a la luz de todo el marco constitucional en el que está insertado.

De esta forma, al juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad 2.076/AC, siendo relator el ministro Carlos Veloso, el

¹⁶ Gilmar Mendes critica discusión acerca de los símbolos religiosos en los tribunales “Tomara que não mandem derrubar o Cristo Redentor”, 11 de agosto de 2009, <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/gilmar-mendes-critica-discussao-sobre-simbolos-religiosos-em-tribunais-tomara-que-nao-mandem-derrubar-o-cristo-redentor/>. Consultado el 27 de mayo de 2013.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 49

Supremo Tribunal Federal fijó el entendimiento de que el mencionado preámbulo carece de fuerza normativa:¹⁷

CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIÓN: PREÁMBULO. NORMAS CENTRALES. Constitución de Acre. I. Normas centrales de la Constitución Federal: esas normas son de reproducción obligatoria en la Constitución del Estado-miembro, incluso porque, reproducidas o no, incidirán sobre el orden local. Quejas 370-MT y 383-SP (RTJ 147/404). II. Preámbulo de la Constitución: no constituye norma central. Invocación de la protección de Dios: no se trata de norma de reproducción obligatoria en la Constitución estadual, por lo que no tiene fuerza normativa. III. Acción directa de inconstitucionalidad juzgada improcedente.

Con respecto a ese juicio, bastante curiosa es la argumentación brindada por el ministro Sepúlveda Pertence y reproducida por el ministro Marco Aurélio en el juicio de la ADPF 54/DF:¹⁸

En aquella deliberación, el eminente Ministro Sepúlveda Pertence aseveró que la locución "bajo la protección de Dios" no es norma jurídica, incluso porque no se tendría la pretensión de crear obligaciones para la divinidad invocada. Es una afirmación de hecho jactanciosa y pretenciosa, quizás, de que la divinidad estaría preocupada de la Constitución del país.

Asimismo, se debe hacer una interpretación sistemática de todo el conjunto normativo de la Constitución federal. Por lo tanto, no se puede interpretar lo dispuesto en el preámbulo, que no tiene fuerza normativa, de manera a contrariar lo previsto en el artículo 5o., inciso VI, de la Constitución federal, y lo establecido en el parágrafo 2 de ese artículo en conjunto con las

¹⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade núm. 2.076/AC. Rel. Min. Carlos Veloso.

¹⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental núm. 54/DF – Rel. Min. Marco Aurélio.

50 / Jefferson Aparecido Dias

disposiciones de tratados internacionales, toda vez que estos sí tienen fuerza normativa.

De ese modo, en vista de que el preámbulo de la Constitución no tiene fuerza normativa, que no existe precepto constitucional que autorice manifestaciones de carácter religioso en sitios representativos de entes estatales, así como que existen disposiciones constitucionales que aseguran la plena libertad de culto y de no culto y determinan la separación entre Estado y entidades religiosas, se denota que dicha disposición constitucional no puede dirigir al hermeneuta al entendimiento de que es posible la permanencia de la expresión en cuestión en los billetes de real, bajo pena de una ilógica prevalencia de una disposición sin fuerza normativa sobre normas constitucionales con fuerza normativa.

En ese sentido, según las palabras de Átila da Rold Roesler:¹⁹

El Derecho Constitucional enseña que el texto del preámbulo no tiene la fuerza coactiva y sólo tiene alguna utilidad cuando se confirma por el texto normativo que integra la misma Constitución. Ocurre que el único punto del Preámbulo no reforzado por el texto constitucional fue justamente la referencia a Dios. Además de no reafirmado, el artículo 19, inciso I, como ya se ha visto, señala justamente lo contrario. De hecho, la única interpretación posible que se puede extraer del Preámbulo es la de que la “protección de Dios” invocada pertenece solamente a la persona de los constituyentes originarios y su carácter es meramente subjetivo.

Como se ve, la referencia a Dios existente en el preámbulo de la Constitución de 1988 no justifica la inclusión de la cuestionada expresión en los billetes de real.

¹⁹ Roesler, Átila da Rold, “O Estado não tem o direito de ostentar símbolos religiosos”, *Revista Âmbito Jurídico*, http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7252. Consultado el 30 de noviembre de 2012.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 51

Finalmente, el argumento de que la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes atiende al interés de la mayoría será analizado cuando se trate del principio de la laicidad del Estado en el próximo apartado destinado a la presentación de las inconstitucionalidades observadas.

5. Las inconstitucionalidades observadas

A. *Violación al principio de la igualdad*

La Constitución federal, norma suprema del ordenamiento jurídico, que tiene la dignidad como base, establece, entre los derechos fundamentales que el Estado brasileño debe observar, la igualdad y la libertad de culto:

Artículo 3o. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil:

...

IV promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y todas las otras formas de discriminación.

...

Artículo 5o. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, por lo que se asegura a los brasileños y los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, bajo los siguientes términos:

...

VI es inviolable la libertad de consciencia y de culto, por lo que se asegura el libre ejercicio de los cultos religiosos y, en la forma de la ley, la protección a los sitios de culto y sus liturgias;

Al prever el derecho fundamental a la igualdad, la Constitución prohíbe todo tipo de discriminación, sea cual sea la razón, incluso previendo punición legal ante cualquier discriminación

52 / Jefferson Aparecido Dias

que atente contra los derechos y libertades fundamentales (artículo 5o., XLI).

En ese sentido:²⁰

El desarrollo del principio de la igualdad reclama trascender su comprensión tradicional, expresada por las dimensiones formal y material. Más que prohibición de tratamiento arbitrario y exigencia de igualdad de tratamiento, el principio de igualdad comprende el mandamiento constitucional de combate a la discriminación, requiriéndose la superación de situaciones en donde individuos y grupos son subordinados, destinatarios de tratamiento como una segunda clase de ciudadanos.

De esa manera, el principio de igualdad impide que el Estado demuestre predilección por unos en detrimento de otros, lo que acaba ocurriendo cuando se opta por ostentar el símbolo de una religión y no de otra o asimismo cuando se opta por manifestar su predilección por religiosos en detrimento de quienes se deciden por el ateísmo.

La igualdad y la imparcialidad, por lo tanto, están íntimamente vinculadas. En las palabras de Amartya Sen:²¹

Lo que tiene interés directo es la plausibilidad de la pretensión de que la igual consideración a algún nivel –un nivel visto como importante– es una exigencia de la que no se puede fácilmente escapar al presentarse una teoría ética o política de los ordenamientos sociales. También es de considerable interés pragmático notar que la imparcialidad y la igual consideración, en una forma u otra, proporciona un telón de fondo común a todas las

²⁰ Rios, Roger Raupp, "O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: *argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação*", en Sarmento, Daniel y Sarlet, Ingo Wolfgang, *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal – balanço e crítica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 320.

²¹ Sen, Amartya, *Desigualdade reexaminada*, Rio de Janeiro, Record, 2001, p. 50.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 53

propuestas éticas y políticas en este campo, las que siguen recibiendo apoyo argumentado y defensa razonada.

Por lo que la única manera de asegurar el tratamiento igualitario entre los profesantes de todas las religiones, y también de los ateos, es la supresión de la expresión "Alabado sea Dios" de los billetes brasileños.

B. *Violación al principio de la libertad*

Además del precepto constitucional previsto en el artículo 5o., inciso VI, de la carta política, antes mencionado, la libertad religiosa, entendiéndose como tal el derecho de manifestar las propias creencias, o ninguna, ya sea de forma individual o colectiva, pública o privada, también está asegurada en el artículo XVIII de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 2o., 3o. y 4o. de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.²²

Declaración Universal de Derechos Humanos
Artículo XVIII.

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.

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

Artículo 2o.

§1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares.

²² Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 - Resolución 36/55.

54 / Jefferson Aparecido Dias

§2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones” toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 3o.

La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.

Artículo 4o.

§1. Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural.

§2. Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia.

También se debe destacar el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), que establece:

Artículo 12 Libertad de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 55

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

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

Se advierte, pues, que el derecho a la libre manifestación de pensamiento, en el que está incluida la libertad religiosa como derecho fundamental de la persona humana, tiene respaldo tanto en el ordenamiento jurídico interno como también en los principales instrumentos internacionales.

De hecho, modernamente se ha reemplazado la expresión "libertad religiosa" por la expresión "libertad de culto y de no culto".

Realmente, cuando se utiliza la expresión "libertad religiosa" parece que se está excluyendo la posibilidad de que un ciudadano opte por la "no religión"; es decir, la libertad que cada uno tiene de ser ateo. En este punto, la adopción del principio de la libertad de culto y de no culto trae explícitamente dicha posibilidad.

Ese supuesto detalle es bastante importante, puesto que es creciente el número de personas que declaran ser ateas, y es imposible imaginar que no tengan el derecho de no profesar creencia alguna.

Además, al utilizar el principio de la libertad religiosa, se puede argumentar que se está restringiendo la libertad de las personas, pues éstas, en teoría, estarían en la posición de poder elegir su religión entre un rol preestablecido de religiones existentes y reconocidas.

Así, estarían excluidas aquellas personas que, a pesar de no ser ateas, no se identifican con ninguna religión específica y, por lo tanto, se consideran "sin religión". Ese grupo es uno de los que más crecen en Brasil (junto con los que se declaran

56 / Jefferson Aparecido Dias

evangélicos), y ya representa el 8% de la población, según datos del Censo de 2010 del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística).²³

Es cierto que es posible interpretar que la libertad religiosa, es más amplia e incluye la opción de elegir cualquier práctica religiosa aunque no se la reconozca oficialmente, o sea, el ciudadano podría optar por una religión sólo suya, una religión propia e individual.²⁴

Sin embargo, la adopción del principio de la libertad de culto y de no culto elimina cualquier posibilidad de duda, dejando claro que tal aspecto de la libertad abarca la posibilidad de que el ciudadano profese, o no, cualquier fe, tocándole al Estado mantenerse neutro ante dichas elecciones.

En cuanto al tema, relevante es la conclusión alcanzada por el ministro Marco Aurélio de Mello, en voto dictado en la ADPF 54/DF:²⁵

Se ve así que, olvidada la separación Estado-Iglesia, se implantó algo contrario al texto constitucional. Ante toda evidencia, el hecho discrepa de la postura de neutralidad que el Estado debe adoptar en cuanto a los temas religiosos. Aunque no signifique alusión a una religión específica, Alabado sea Dios brinda el mensaje claro de que el Estado al menos apoya un abanico de religiones —las que creen en la existencia de Dios, a propósito, un solo Dios, y lo veneran—, lo que no es compatible con la neutralidad que debe existir en los actos estatales, de acuerdo con los mencionados artículos 5o., inciso VI, y 19, inciso I, de la Constitución de la República. De esas disposiciones resulta, entre

²³ Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião. Fecha: 29 de junio de 2012. Obtenido en: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2170>. Consultada el 28 de mayo de 2013.

²⁴ Weingartner Neto, Jayme, "Liberdade religiosa na jurisprudência do STF", en Sarmento, Daniel y Sarlet, Ingo Wolfgang, *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal – balanço e crítica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 481-530.

²⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental núm. 54/DF – Rel. Min. Marco Aurélio.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 57

otras consecuencias, la prohibición de que el Estado respalde o reclame cualquier corriente confesional.

En ese sentido también se halla la paradigmática decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán en cuanto a la esencialidad del posicionamiento neutro de un Estado laico para la efectiva garantía de la libertad de culto y de no culto de su población:

El Estado, en el que conviven seguidores de convicciones religiosas e ideológicas distintas o incluso opuestas, *sólo puede asegurar sus coexistencias pacíficas cuando él mismo se mantiene neutro en temas religiosos... Esto no se da en razón de la representatividad numérica o la relevancia social de una creencia. El Estado tiene que, por el contrario, observar un tratamiento tal de las distintas comunidades religiosas e ideológicas que esté representado por el principio de la igualdad...*²⁶ (cursivas nuestras).

De este modo, se denota que la lectura sistemática de la Constitución no lleva al entendimiento aducido por los defensores de la frase introducida en la moneda brasileña.

Por último, como ya se ha afirmado, esa libertad de culto y de no culto sólo será alcanzada si el Estado mantiene su neutralidad con respecto a todas las religiones; es decir, si el Estado es laico, tema que se analizará a continuación en apartado propio.

C. Patrimonio cultural

Los organismos públicos demandados para la eliminación de la expresión de los billetes brasileños también adujeron en

²⁶ Transcripción de fragmentos reproducidos en Schwabe Jürgen, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, trad. de Leonardo Martins et al., Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 366-376.

58 / Jefferson Aparecido Dias

sus contestaciones²⁷ que la pretensión ministerial contraría su finalidad de protección del patrimonio cultural inmaterial brasileño, en el que estaría incluida la creencia en la divinidad superior “Dios”, entidad adorada por la mayoría de las religiones con fuerte influencia en la formación de la sociedad brasileña, y, siendo así, la permanencia de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes de real estaría resguardada en la fuerte carga cultural que tiene y en el deber de preservación del patrimonio cultural brasileño.

Sucede que dicho entendimiento tampoco merece respaldo ante las normas que tratan de la protección del patrimonio y las manifestaciones culturales y los principios que rigen la hermenéutica constitucional, especialmente en lo que se refiere a situaciones de conflicto entre derechos constitucionales.

En primer lugar, el deber de protección del patrimonio cultural se consustancia en el derecho social, según el texto de José Afonso da Silva,²⁸ para quien “los derechos culturales no fueron enumerados en el artículo 6o. como especies de derecho social, pero, si la educación lo fue, entonces también ahí estarán aquellos...”.

Como consecuencia, es importante citar las enseñanzas de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho y Paulo Branco²⁹ acerca de la finalidad de dichos derechos sociales:

A diferencia de los derechos de primera generación, los derechos considerados sociales se conciben como instrumentos destinados a la efectiva reducción y/o supresión de desigualdades, según la regla de que se debe tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, en la medida de su desigualdad.

²⁷ Brasil, Justiça Federal de 1a. Instância. 7a. Vara Cível de São Paulo. Ação civil pública núm. 0019890-16.2012.403.6100.

²⁸ Silva, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 25a. ed., São Paulo, Malheiros Editora, 2005, p. 313.

²⁹ Mendes Ferreira, Gilmar *et al.*, *Curso de direito constitucional*, 3a. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 712.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 59

De esta forma, conjugándose el contenido de ambos fragmentos ya transcritos, se comprende el objetivo del derecho a la cultura y a la preservación del patrimonio cultural como derechos sociales que tienen como fin la reducción y/o supresión de desigualdades. Ahora bien, a partir de esas premisas, no se puede admitir la presencia de una alusión a la divinidad adorada por sólo una parte de la población brasileña en la moneda nacional bajo la alegación de pertenecer al patrimonio cultural brasileño, toda vez que ocasiona el tratamiento desigual de ciudadanos en la misma situación de utilización de la moneda corriente de su país, privilegiándose quienes profesan la fe en Dios y, como consecuencia, dicho tratamiento desigual contraría la misma finalidad de los derechos sociales.

En segundo lugar, en lo que concierne al conflicto jurídico entre la concretización de los principios de la igualdad y la libertad de culto y de no culto, consustanciados en la utilización por los ciudadanos brasileños de moneda nacional sin alusión a ningún tipo de religión, frente al derecho a la cultura, consistente en la permanencia de la expresión en boga ante la carga cultural que abarca, se deben hacer las siguientes consideraciones.

Entre los principios que orientan la actividad del aplicador de las normas constitucionales se hallan los principios de la concordancia práctica y la eficacia integradora.

En las palabras de Gilmar Mendes,³⁰ el mandamiento que debe observar el intérprete es que, "al encontrarse con situaciones de concurrencia entre bienes constitucionalmente protegidos, adopte la solución que optimice la realización de todos ellos, pero que a la vez no cause la negación de ninguno".

En cuanto al segundo principio, aducen los citados autores que³¹ "ese canon interpretativo orienta al aplicador de la Constitución en el sentido de que, al construir soluciones para los problemas jurídico-constitucionales, trate de dar preferencia a

³⁰ *Ibidem*, p. 114.

³¹ *Ibidem*, p. 117.

60 / Jefferson Aparecido Dias

los criterios o puntos de vista que favorezcan la integración social y la unidad política”.

Así, según los conceptos de ambos principios, se advierte que el mantenimiento de la situación fáctica bajo cierto enfoque no genera armonización de los derechos constitucionales en conflicto, pues, a la vez que niega la efectividad al principio de la igualdad y la plena libertad de culto y de no culto de parte de la sociedad brasileña en pro de un supuesto derecho a la cultura, tampoco promueve la “integración social”, ya que mantiene una situación perjudicial a la noción de pertenencia y participación en la gestión de la *res pública* de los ciudadanos que no profesen la fe en Dios.

Dicha situación se muestra contraria al sentido sociológico de la Constitución federal, toda vez que perjudica la noción de empoderamiento de los ciudadanos que no alaban a Dios, quienes están obligados a utilizar una moneda de su país con dichos que no responden a sus convicciones. Además, no es la creencia en Dios la que distingue a los ciudadanos brasileños de los pertenecientes a otras naciones. Lo que distingue a los ciudadanos pertenecientes al pueblo brasileño en el universo de otros pueblos es el vínculo que tienen con el Estado brasileño, no con la creencia en alguna divinidad.

En sentido contrario, la eliminación de la expresión en consideración vendrá a atender a los principios hermenéuticos antes mencionados, ya que les brindará efectividad a los principios de igualdad y la libertad de culto y de no culto, así como el derecho a la cultura. El simbolismo de las religiones que tienen a Dios como divinidad suprema seguiría resguardado por medio de las innumerables obras, monumentos y templos pertenecientes a esas religiones que se encuentran tutelados por los instrumentos de protección al patrimonio histórico y cultural brasileño, como es el caso de la estatua del Cristo Redentor, conforme ya se ha demostrado.

La Constitución federal, en su artículo 215, impone al Estado brasileño la protección de las culturas populares, indígenas,

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 61

afrobrasileñas y otras pertenecientes a los grupos participantes del proceso de civilización de Brasil.

Las religiones oriundas de las culturas indígenas, afrobrasileñas, así como las oriundas de otras culturas participantes del proceso civilizatorio nacional, tales como el budismo y el hinduismo, no reconocen la entidad de Dios como su divinidad.

Por lo tanto, se evidencia que no se justifica la permanencia de la expresión en discusión por el deber de protección del patrimonio cultural inmaterial brasileño, toda vez que nada justifica el tratamiento especial otorgado por el Estado brasileño a la divinidad adorada por las religiones que profesan la fe en Dios en detrimento de las divinidades adoradas por religiones provenientes de otras etnias participantes del proceso de construcción de la cultura brasileña.

D. *Violación a la laicidad del Estado*

Desde su descubrimiento, pasando por el país como colonia de Portugal hasta llegar al imperio, Brasil se mantuvo como un Estado religioso, tanto que la Constitución de 1824 se iniciaba con: "en nombre de la Santísima Trinidad" y preveía en su texto innumerables preceptos que dejaban clara la unión entre Estado e Iglesia.

Algunos de esos preceptos preveían la injerencia de la Iglesia en el Estado, como, por ejemplo, el artículo 5o., que reconocía:³²

La Religión Católica Apostólica Romana seguirá siendo la Religión del Imperio. Todas las otras Religiones serán permitidas con su culto doméstico, o privado en casas para eso destinadas, sin forma alguna al exterior del Templo.

³² Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Consultada el 25 de mayo de 2013.

62 / Jefferson Aparecido Dias

Por otra parte, otros preceptos constitucionales del Imperio preveían la injerencia del Estado en la Iglesia, planteando el regalismo, cuando determinaban competir al emperador, como jefe del Poder Ejecutivo, “nombrar a los obispos, y proveer los Beneficios Eclesiásticos” (artículo 102, inciso II), así como “otorgar o negar el beneplácito a actos de la Santa Fe” (artículo 102, inciso XIV).

Dicha situación fue alterada solamente en 1890, con la publicación del Decreto 119-A, del 7 de enero, que promovió la separación entre Estado e Iglesia. Según figura en su enmienda, el referido Decreto “prohíbe la intervención de la autoridad federal y los Estados federados en materia religiosa, consagra la plena libertad de cultos, extingue el patronato y establece otras providencias”.³³

Tras de su previsión en el mencionado Decreto, la laicidad del Estado fue elevada a la categoría de precepto constitucional en el texto de la Constitución de 1891 (artículo 11, § 2.) y pasó a reproducirse en los textos de las Constituciones siguientes.

La libertad de religión, que en el inicio sufría grandes restricciones, pues se admitía la libertad de culto, pero se reconocía la existencia de una religión oficial, fue ampliada gracias a la in-

³³ Registro histórico interesante es la correspondencia entre don Marcelo Costa, obispo de Pará, y Ruy Barbosa, ministro del gobierno provisional responsable de redactar el decreto del que advendría la separación entre el Estado y la Iglesia. El 22 de diciembre de 1889, don Marcelo Costa, imposibilitado de asistir a cierta reunión, le remitió una carta al ministro manifestándose acerca del “decreto de separación”: “no deseo la separación, no doy un paso, no hago un ademán para que se decrete en Brasil el divorcio entre el Estado y la Iglesia. Dicho decreto, alterando profundamente la situación de la Iglesia, podría causar gran agitación al país. Quizás fuera de mejor prudencia, de mejor política e incluso más curial reservar ese asunto para la próxima asamblea constituyente. Pero, si el Gobierno Provisional está decidido a promulgar el decreto, atiéndase lo más posible a la situación de la Iglesia, adquirida entre nosotros, desde hace cerca de tres siglos. Es evidente que bajo el pretexto de libertad religiosa no se nos debe exiliar”. Información facilitada por Scampini, José, “A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado)”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 11, núm. 41, pp. 75-126, jan./mar., 1974, p. 81, citado por el ministro Marco Aurélio en el juicio de la ADPF núm. 54/DF.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 63

corporación en el texto constitucional de la laicidad del Estado; es decir, la separación entre Estado e Iglesia.³⁴

La libertad de religión en Brasil se inició con grandes restricciones, pues el Estado, en la época del Imperio, adoptaba la religión católica como la oficial. Luego de la Primera República ya se estableció el Estado Laico, el que permanece hasta los días actuales, pero bajo nuevo enfoque, ya que el constitucionalismo moderno ha atribuido al Estado el papel de promotor de los derechos fundamentales no solo el de defensor.

Desde entonces, más allá de los principios de igualdad y libertad, el ordenamiento constitucional vigente establece la laicidad del Estado brasileño, una de las formas de garantía del derecho de culto y de no culto, prohibiéndose la competencia, la relación o dependencia de los entes federativos en asuntos religiosos, concordante con los dictámenes del artículo 19 de la Constitución federal:

Artículo 19. Se prohíbe a la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios:

1. establecer cultos religiosos o iglesias, subvencionarlos, estorbarles el funcionamiento o mantener con ellos o sus representantes relaciones de dependencia o alianza, exceptuada, en la forma de la ley, la colaboración de interés público;

En ese aspecto, la Constitución federal determina que el Estado se mantenga neutro con respecto a las distintas concepciones religiosas presentes en la sociedad, al estarle prohibido tomar partido en cuestiones de fe, establecer preferencias, privilegiar unos o ignorar otros, así como buscar el beneficio o la relación con cualquier creencia.

³⁴ Oliveira, Patrícia Elias Cozzolino de, *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*, São Paulo, Editora Verbatim, 2010, p. 32.

64 / Jefferson Aparecido Dias

En cuanto al tema, es importante citar el concepto del principio de la laicidad brindado por la Declaración Universal de la Laicidad en el Siglo XXI:³⁵

La Laicidad como principio fundamental del Estado de Derecho
Artículo 4o.: Definimos la laicidad como la armonización, en diversas coyunturas socio-históricas y geopolíticas, de los tres principios ya indicados: respeto a la libertad de conciencia y de su práctica individual y colectiva; autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas y filosóficas particulares; no discriminación directa o indirecta hacia seres humanos.

Asimismo, es oportuno transcribir un fragmento del voto³⁶ del juez de apelación Cláudio Baldino Maciel, relator del Procedimiento Administrativo 0139-110139-11/000348-0 del Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul, considerado de vanguardia en el escenario jurídico brasileño y el marco en el que se había determinado la supresión de símbolos religiosos de edificios públicos:

Como conclusión, quiso Brasil que el Estado fuera laico, vale decirlo, un Estado enteramente separado de la Iglesia y que, además de no adoptarla, se muestre indiferente y neutro con respecto a cualquier religión profesada por parte de su gente, aunque deba no entrometerse y respetarlas a todas.

La laicidad opera en dos direcciones, complementarias e importantes: por una parte, el Estado no se puede inmiscuir en

³⁵ Declaración presentada por Jean Baubérot (Francia), Micheline Milot (Canadá) y Roberto Blancarte (México) en el Senado francés, el 9 de diciembre de 2005, por ocasión de las celebraciones del centenario de la separación Estado-iglesias en Francia. Declaração Universal da Laicidade no Século XXI, <http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/disponiveis1.html>. Consultada el 8 de junio de 2013.

³⁶ Maciel, Cláudio Balbino, "Leia a íntegra do voto histórico que determina a retirada de crucifixos em tribunais no RS", *Revista Pragmatismo Político*, <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/03/leia-a-integra-do-voto-historico-que-determina-a-retirada-de-crucifixos-em-tribunais-no-rs.html>. Consultada el 24 de enero de 2013.

La expresión "Alabado sea Dios" en los billetes brasileños... / 65

temas religiosos, o sea, no puede estorbar, en los términos constitucionales, el funcionamiento de iglesias y cultos religiosos o una manifestación de fe o creencia de los ciudadanos, lo que significa salvaguardia eficaz para la práctica de las distintas confesiones religiosas; por otra parte, no obstante, la laicidad protege el Estado, como entidad neutra en esta área, de la influencia religiosa, no pudiendo cualquier doctrina o creencia religiosa, aunque mayoritaria, inmiscuirse en el marco del Estado, la política y la "res" pública.

En otras palabras, el Estado protege la libertad religiosa de cualquier ciudadano o entidad, en igualdad de condiciones, y no permite la influencia religiosa en la cosa pública.

...

En nuestro país se salvaguarda exactamente la creencia y la práctica religiosa individual o colectiva ante la acción del Estado, que no puede en ellas interferir. Exactamente por esa razón se exige la neutralidad estatal en materia religiosa, es decir, debe el Estado adoptar una postura que se aparte de cualquier actividad, práctica religiosa o exposición de símbolos religiosos en instituciones públicas como forma de asegurar su neutralidad frente a los valores religiosos o aun la falta de dichos valores.

...

Ahora bien, la laicidad se debe ver, por lo tanto, no como un principio que se oponga a la libertad religiosa. Todo lo contrario, *la laicidad es la garantía, por el Estado, de la libertad religiosa de todos los ciudadanos, sin preferencia por una u otra corriente de fe.* Se trata de la garantía de la libertad religiosa de todos, incluso de los no creyentes, *lo que responde al preciado y democrático principio constitucional de la igualdad legal,* que debe inspirar y dirigir todos los actos estatales de acuerdo con un imperativo constitucional que no se puede desconocer o incumplir.

Como se nota por lo ya expuesto, el principio de la laicidad del Estado, expresamente adoptado en Brasil, y la libertad de culto y no culto, imponen al poder público el deber de proteger todas la manifestaciones religiosas, sin tomar partido por

66 / Jefferson Aparecido Dias

ninguna de ellas; es decir, le toca al poder público mantener su neutralidad.

En ese sentido:³⁷

En el campo de la religiosidad y el ejercicio de los más variados dogmas de la fe, la laicidad del Estado, conforme visto, impone una neutralidad ideológica en la actuación de todos los entes políticos de la Federación. Impone, así, la abstención de conducta pública contraria a esta imparcialidad, “exceptuada, en la forma de la ley, la colaboración de interés público”. Dicho mandato constitucional deben atenderlo la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, directa o indirectamente, por medio de sus organismos, autarquías, fundaciones, concesionarias de servicio público y demás entidades de carácter público creadas en la forma de la ley (artículo 41, inciso V, del Código Civil).

Esa neutralidad debe mantenerse aun en los casos en que la mayoría defienda y siga determinada manifestación religiosa.

De hecho, uno de los argumentos presentados por la Unión Federal para la colocación y el mantenimiento de la combatida expresión en los billetes brasileños es que dicha conducta atiende al interés de la mayoría.

Inicialmente, es bastante pertinente cuestionar si esa afirmación es realmente verdadera. Al fin y al cabo, ¿es posible afirmar con seguridad absoluta que la mayoría de la población brasileña está de acuerdo con la inclusión de la mención a Dios en el dinero?

En ese punto, es oportuno la advertencia de Daniel Sarmento al tratar de los crucifijos existentes en edificios públicos:³⁸

³⁷ Brasil. Justiça Federal de 1a. Instância. 5a. Vara Cível de São Paulo. Ação Civil Pública 0023966-54.2010.403.6100, 24 de enero de 2013. Juiz Paulo César Neves Júnior, <http://www.prsp.mpf.gov.br/GCEAP/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/0023966-54.2010.403.6100%20Band%20-%20sentenca.PDF> Consultada el 28 de mayo de 2013.

³⁸ Sarmento, Daniel, “O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado”, *Revista Eletrônica PRPE*, mayo de 2007, <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao-e->

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 67

La afirmación de que sería antidemocrática la supresión de los tribunales de los símbolos religiosos asociados con el cristianismo padece de varios equívocos conceptuales. En primer lugar, parte de la premisa no comprobada de que, siendo la población brasileña mayoritariamente cristiana, esta misma mayoría apoyaría necesariamente la promoción simbólica de su fe por el Estado. Ocurre que muchas personas religiosas —probablemente la mayor parte de ellas— tienen plena conciencia acerca de la necesidad de la separación entre la religión y el poder público y no están de acuerdo con prácticas que señalen la promoción estatal de cualquier fe, aunque sea de su misma religión.

Al usarse el argumento de que la mayoría está de acuerdo con la colocación de la frase, se está menospreciando la opinión de los cristianos que, igual que Jesucristo, defienden que “...al César lo que es del César, y a Dios, lo que es de Dios”.³⁹

Aparte de eso, aunque se estuviera ante el deseo de la mayoría, es importante destacar que en un Estado democrático de derecho la voluntad de la mayoría no puede sobreponerse a los derechos fundamentales de las minorías, que también necesitan estar protegidas.

En ese sentido, se ha manifestado el Supremo Tribunal Federal, al reconocer su función contramayoritaria:⁴⁰

LA FUNCIÓN CONTRA MAYORITARIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS. La protección de las minorías y los grupos vulnerables se cualifica como fundamento imprescindible a la plena legitimación material del Estado Democrático de Derecho. Le incumbe al Supremo Tribunal Federal, en su condición institucional de guardián de la Constitución (lo que le otor-

Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/0-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado. Consultada el 29 de septiembre de 2012.

³⁹ Biblia Online. Mateus 22, 17-22, <http://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22>. Consultada el 6 de marzo de 2013.

⁴⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal – Agravo Regimental em Recurso Extraordinário núm. 477554/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 16 de agosto de 2011. Publicação Dje-164, 26 de agosto de 2011.

68 / Jefferson Aparecido Dias

ga “el monopolio de la última palabra” en materia de interpretación constitucional), desempeñar función contra mayoritaria, en orden a dispensar la efectiva protección a las minorías contra eventuales excesos (u omisiones) de la mayoría, así que nadie se sobrepone, ni siquiera los grupos mayoritarios, a la autoridad jerárquico-normativa y los principios superiores consagrados en la Ley Fundamental del Estado. Precedentes. Doctrina.

De ese modo, es forzoso reconocer que la laicidad del Estado, por una parte, no alcanza los derechos de la mayoría y, por otro, preserva los derechos de la minoría.

Sin embargo, al tratar el tema, es necesario tener cuidado para no confundir laicidad con laicismo. Porque laicidad significa una actitud de neutralidad del Estado, al paso que laicismo designa una actitud hostil del Estado hacia la religión.⁴¹

A título de ejemplo, si el Estado empezara a adoptar las siguientes medidas sugeridas por Lenio Luiz Streck,⁴² tendríamos laicismo y no laicidad:

En el panorama actual, después de censurar a Monteiro Lobato (el próximo será Aristóteles), vamos a instituir multas para quienes utilicen una frase que pueda “molestar” (o avergonzar) a los demás. La ciudad de (Santa) María (y congéneres) debe cambiar su nombre y todas las ciudades que tengan nombre de santos. Eventualmente, un ciudadano que tenga Santo o San en su nombre deberá de inmediato cambiarlo. Sí, porque puede “molestarle” al prójimo. Futbolistas no deberán hacer la señal de la cruz porque la televisión, concesión pública, estará transmitiendo y eso podrá “molestarle” a parte de la turba...

En breve, si el tipo dice “gracias a Dios” o “si Dios quiere” será multado. Perderán puntos en su licencia quienes tengan el cru-

⁴¹ Machado, Jónatas Eduardo Mendes, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra Editora, 1996. pp. 306 y 307. Citado por el ministro Marco Aurélio en su voto en el juicio de la ADPF núm. 54/DF.

⁴² Streck, Lenio Luiz, *Como assim, a “inconstitucionalidade” de Deus?*, 22 de noviembre de 2013, www.conjur.com.br.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 69

cifijo colgado —de manera ostensible— en su coche. Y si escribe en la luna trasera de un viejo Chevette: “la envidia es una mierda” y “solo Jesucristo Salva” o incluso “Manejado por mí, guiado por Dios”, será aprehendido el coche por la guardia municipal.

Desgraciadamente, no siempre se hace esa distinción y se utilizan ejemplos de laicismo (hostilidad con respecto a las religiones) para criticar la laicidad del Estado (imparcialidad y neutralidad con respecto a las religiones).

En el caso específico, la inclusión de la expresión en los billetes brasileños, además de la laicidad, también viola el principio de legalidad, como se verá en el próximo apartado.

E. *Violación al principio de la legalidad*

La Ley 4.595/03 le previó atribución al Consejo Monetario Nacional a fin de definir los parámetros y características que se emplearían en los billetes de real. La mencionada ley, no obstante, guarda silencio en cuanto a la inclusión de cualquier frase en los respectivos billetes.

De la misma manera, la legislación anterior en ningún momento trajo la previsión expresa en el sentido de ser posible la inclusión de cualquier frase en las monedas o billetes brasileños, conforme ya narrado en el apartado que trata de la historia de la moneda brasileña.

Sin embargo, pese a no haber ley específica que disponga sobre la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes, los organismos públicos demandados en la ya mencionada acción civil pública propuesta con el objetivo de excluirla alegan que la autorización para su inserción se encuentra en la esfera de discrecionalidad de la autoridad administrativa competente a tal efecto. Aquí son importantes algunas consideraciones.

En conformidad con el ordenamiento jurídico brasileño, la actuación de la administración pública podrá ocurrir de dos formas: vinculada o discrecional.

70 / Jefferson Aparecido Dias

Cuando actúa de manera vinculada, la administración pública está totalmente restringida a los términos previstos en la ley, que, de modo expreso, brinda todos los elementos del acto administrativo (agente, objeto, forma, motivo y finalidad). En ese caso, se está delante de lo que la doctrina española llama “jaula de hierro”.⁴³

Sin embargo, a la par de esa situación totalmente restringida a los términos de la ley, la administración pública también podrá actuar en situaciones en las que, a pesar de facilitar algunos de los elementos del acto administrativo, la ley reserva la posibilidad de observarse la conveniencia y oportunidad de adoptarse determinada conducta. Son los casos de discrecionalidad administrativa.

En este sentido se manifiesta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁴⁴

Los poderes que ejerce el administrador público los rige el sistema jurídico vigente. No puede la autoridad sobrepasar los límites que la ley traza a su actividad, bajo pena de ilegalidad.

Sin embargo, ese reglamento puede alcanzar los distintos aspectos de una actividad determinada; en este caso se dice que el poder de la Administración está vinculado, porque la ley no dejó opciones; la misma establece que, ante determinados requisitos, la Administración debe actuar de tal o cual forma...

En otras hipótesis, el reglamento no alcanza todos los aspectos de la actuación administrativa; la ley deja cierto margen de libertad de decisión frente al caso concreto, de modo tal que la autoridad podrá optar por una entre varias soluciones posibles, todas válidas ante el derecho. En esos casos, el poder de la Administración es discrecional, porque la adopción de una u otra solución se hace según los criterios de oportunidad, conveniencia, justicia, equidad, propios de la autoridad, ya que no los ha definido el legislador. Aun así, no obstante, el poder de la ac-

⁴³ Mendieta, Manuel Villoria, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 29.

⁴⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 23a. ed., São Paulo. Atlas, 2010, pp. 211 y 212.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 71

ción administrativa, aunque discrecional, no es totalmente libre, puesto que, bajo algunos aspectos, en especial la competencia, la forma y la finalidad, la ley impone límites.

La misma distinción entre actos vinculados y discrecionales la hace Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴⁵

Actos vinculados serían aquellos en que, al existir previa y objetiva tipificación legal del único posible comportamiento de la Administración frente a una situación igualmente prevista en términos de objetividad absoluta, la Administración, al expedirlos, no interfiere con valoración subjetiva alguna.

Actos “discrecionales”, por el contrario, serían los que la Administración practica con cierto margen de libertad de evaluación o decisión según criterios de conveniencia y oportunidad planteados por ella misma, aunque esté limitada a la ley reguladora de la expedición de ellos.

En el presente caso, la argumentación presentada es la que las autoridades que determinaron la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños habrían actuado en el límite de una supuesta discrecionalidad administrativa, que habría permitido el análisis en cuanto a la conveniencia y oportunidad de dicha medida.

No obstante, en el caso de que prevalezca dicho entendimiento, en el futuro cualquier autoridad (presidente de la República, ministros, etcétera) podrá solicitar y/o determinar que se coloque en el billete cualquier otra expresión, como “Ve Corinthians” o incluso “Una vez Flamengo, siempre Flamengo”, con lo que atenderá al interés de la mayoría, y con seguridad conquistará a muchos electores.

Sin embargo, no se puede admitir que la inclusión de cualquier frase en los billetes brasileños se haga por acto discre-

⁴⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 28a. ed., São Paulo, Malheiros Editora, 2011, p. 430.

72 / Jefferson Aparecido Dias

cional, pues el artículo 4o., inciso IV, de la Ley 4.595/03, al atribuir la competencia para “determinar las características generales de los billetes y las monedas” al Consejo Monetario Nacional, evidentemente no lo autorizó a manifestar predilección por esta o aquella religión (y tampoco por este o aquel club de fútbol), de manera de contradecir los mandatos constitucionales de la laicidad del Estado, la libertad de culto y de no culto y la igualdad:⁴⁶

La existencia de discrecionalidad a nivel de la norma no significa, pues, que la discrecionalidad existirá con la misma amplitud ante el caso concreto y ni siquiera que existirá ante cualquier situación que ocurra, pues la solución del caso concreto excluirá obligatoriamente algunas de las soluciones admitidas *in abstracto* en la regla y, eventualmente, hará evidente que una sola medida estaría apta para cumplir su finalidad. En suma, la discreción supuesta en la regla de Derecho es condición necesaria, pero no suficiente para que exista discreción en el caso concreto; vale decir, en la ley se instaura una posibilidad de discreción, pero no una certidumbre de que existirá en todo y cualquier caso abarcado por el texto de la regla.

Consonante con las conclusiones arriba transcritas, pese a la esfera de discrecionalidad contenida en el artículo 4o., inciso IV, de la Ley 4.595/03, no podrían el presidente de la República, el ministro de Hacienda o el Consejo Monetario Nacional, determinar la colocación de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes de real, toda vez que frente a las hipótesis de actuar de esos agentes públicos de hacer o no hacer alusión a cualquier entidad religiosa, obviamente sólo les resta posible la segunda opción en virtud del principio constitucional de la laicidad del Estado brasileño. Al contrario de lo que ocurre con la inserción de una tortuga de patas rojas (morrocoy sabanero) o un mero en el billete de cien reales, animales pertenecientes a la fauna bra-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 971.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 73

sileña, toda vez que no hay ninguna prohibición en el ordenamiento jurídico que impida la elección de ésta o aquella opción.

Siendo así, a la vista que el acto administrativo que determinó la impresión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes de real extrapoló el ámbito de la libertad de la discrecionalidad permitida por la disposición legal antes mencionada, se deduce que no fue respetado el principio de la legalidad en el caso comentado.

La violación al principio de la legalidad, con base en el hecho de que no se trata de una situación en que se pueda actuar desde la discrecionalidad administrativa, es tan patente que, luego de propuesta la acción civil pública que pretende excluir la expresión “Alabado sea Dios” de los billetes, se presentaron tres proyectos de ley haciendo su inclusión y mantenimiento obligatorios.

El primero de esos proyectos, el PL 4.710/2012, de autoría del diputado federal Eduardo da Fonte (PP/PE), prevé:⁴⁷

Artículo 1o. El artículo 1o. de la Ley núm. 9.069, de 1995, que dispone sobre el Plan Real, el Sistema Monetario Nacional, establece las reglas y condiciones de emisión del REAL y los criterios para conversión de las obligaciones para el REAL, pasa a robustecerse con un párrafo con la siguiente redacción:

§ 5.-A. Los billetes de REAL tendrán impresos la frase: “Alabado sea Dios”. (AC)

Previendo la misma obligación de inclusión de la referida frase en los billetes están los Proyectos de Ley 4.724/2012 y 4.736/2012, el primero de ellos de autoría del diputado federal Pastor Marco Feliciano (PSC/SP) y el segundo del diputado federal Pastor Eurico (PSB/PE), los que se adjuntaron al PL 4.710/2012.⁴⁸

⁴⁷ Projetos de leis e outras proposições. Câmara dos Deputados. PL 4710/2012, <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=559628>. Consultada el 28 de mayo de 2013.

⁴⁸ *Idem*.

74 / Jefferson Aparecido Dias

Por supuesto que con la aprobación de dichos proyectos estaría suplida la violación al principio de la legalidad. Sin embargo, sería necesario un análisis de la nueva ley a fin de verificar su constitucionalidad ante la potencial violación del principio de la laicidad del Estado y de otros principios consagrados constitucionalmente.

Analizado el principio de la legalidad, en el próximo apartado se demostrará que también el principio de la impersonalidad fue violado.

F. Violación al principio de la impersonalidad

Además de la sumisión de los entes federados a la laicidad, estos también se rigen por el principio de la impersonalidad, orientador de la administración pública, conforme al artículo 37 de la Constitución federal:

Art. 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente...

El principio de la impersonalidad impide que los agentes públicos, en su calidad de representantes del Estado, hagan uso de la máquina estatal y de establecimientos estatales para la atención de sus convicciones íntimas. Asimismo, impide que también utilicen dichos elementos para brindarles atención no igualitaria a los administrados, mucho menos por medio del establecimiento de privilegios para atender a intereses de ciertas clases en virtud de las convicciones de sus integrantes.

En ese marco, se comprende que el agente público, en la concretización del deseo estatal, debe estar vinculado a las normas que rigen la administración pública, dirigiendo su actuación hacia la atención del interés público.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 75

Ya no se vive en la época de Luis XIV, el Rey Sol, en que el Estado se confundía con la figura de su mismo representante, quien afirmaba convictamente “L’ État c’est moi”.

Por lo tanto, es perfectamente posible que un empleado público o agente político, en el ejercicio de sus atribuciones y los estrictos límites de su despacho o sala, manifieste su libertad de culto y no culto.

Lo que no se puede admitir, no obstante, es que cualquier agente público exprese sus convicciones íntimas religiosas en la ejecución de un servicio público, tal como el servicio de emisión de monedas de curso forzoso. Es decir, frente al principio de la impersonalidad, es inadmisibles que un agente público, en el ejercicio del poder discrecional de definición de las características de los billetes nacionales, adore a la divinidad que corresponda a su convicción íntima religiosa.

De esa manera, el objetivo de la retirada de la expresión “Alabado sea Dios” de los billetes de real es una imposición del principio de la impersonalidad.

En cuanto al tema, en ese sentido, están las palabras de Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴⁹

2. Organismos son unidades abstractas que sintetizan los distintos círculos de atribuciones del Estado. Al tratarse, tal como el mismo Estado, de entidades reales pero abstractas (seres de razón), no tienen ni voluntad ni acción, en el sentido de vida síquica o anímica propias, las que sólo los seres biológicos pueden tener. De hecho, los organismos no pasan de una simple repartición de atribuciones, y nada más.

3. *Por lo que, a fin de que dichas atribuciones se concreten e ingresen en el mundo natural es necesario el concurso de seres físicos delegados a la condición de agentes. El querer y el actuar de esos sujetos son los que, por el Derecho, se imputan directamente al Estado (manifestándose por sus organismos), de manera tal que, mientras actúan en esta calidad de agentes, su querer y su actuar se reciben*

⁴⁹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito...*, cit., p. 140.

76 / Jefferson Aparecido Dias

como el actuar de los organismos componentes del Estado; por lo tanto, del mismo Estado... Estado y organismos que lo componen se expresan a través de los agentes, en la medida que dichas personas físicas actúan en esta posición de vehículos de expresión del Estado (cursivas nuestras).

Por fin, se muestra poco creíble que la colocación de la expresión en discusión en el billete de real haya tenido como objetivo atender a los anhelos culturales y convicciones del pueblo brasileño y no a intereses personales, en especial los electorales.

De este modo, considerándose los principios de igualdad, libertad de culto y no culto y laicidad del Estado brasileño frente a la situación fáctica de multiculturalidad del pueblo brasileño, considerándose el principio de la impersonalidad frente a la demostración de convicciones íntimas religiosas por empleados públicos en el desempeño de la actividad, se denota que la existencia de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes de real no está de acuerdo con las normas que rigen la relación entre el Estado y la religión y la relación entre Estado y sus ciudadanos.

6. Los efectos financieros de la retirada de la expresión

En la contestación presentada por la Unión Federal en la acción propuesta para imponer la retirada de la expresión “Alabado sea Dios” de los billetes, se alegó que la eventual decisión de procedencia de la solicitud ministerial generaría un costo estimado de cincuenta y un millones seiscientos sesenta y siete mil sesenta y cuatro reales para el cambio de las placas de impresión de los billetes de real.⁵⁰

Ocurre que afortunadamente hubo un equívoco en la información prestada, ya que, conforme figura en la Nota 03079/2012

⁵⁰ Brasil, Justiça Federal de 1a. Instância. 7a. Vara Cível de São Paulo. Ação civil pública 0019890-16.2012.403.6100.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 77

y la manifestación del BACEN en la mencionada demanda, el real costo de ese cambio sería de cincuenta y un mil seiscientos sesenta y siete reales con sesenta y cuatro céntimos.⁵¹

Asimismo, conforme informado por el BACEN, se añade a ese costo el valor necesario para la publicidad de la alteración de las características del billete de real, por el monto estimado en doce millones de reales.

Ocurre que, según fue aducido en la petición de la mencionada demanda,⁵² la supresión de la expresión “Alabado sea Dios” de los billetes de real debe suceder *a posteriori*; es decir, desde el nuevo modelo de billetes que se imprimirán en tiempo futuro al lapso fijado de la sentencia de procedencia de la solicitud expresada en el presente momento. Siendo así, no habrá costos para la inmediata sustitución de los billetes de real en circulación, ya que ese reemplazo deberá ocurrir de forma gradual mediante la inserción en circulación de los nuevos billetes que se imprimirán sin la destacada expresión.

A título de ejemplo, después de la propuesta de la ya mencionada acción, fueron puestos en circulación nuevos modelos de billetes de reales que ya podrían haber sido imprimidos sin la expresión “Alabado sea Dios” y sin cualquier costo adicional.⁵³

Por lo que se concluye que el costo informado para el cambio de las placas de impresión y la publicidad acerca de las alteraciones de los billetes de real ante la supresión de la expresión bajo análisis ya estaría incluido en el valor que será necesario para el cambio de las placas y publicidad de los demás cambios llevados a cabo en el futuro modelo de billetes de real.

A pesar de estar excluido el mencionado costo financiero, una pregunta sigue sin respuesta. Si los datos arriba señalan el

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ Novas notas de R\$ 2 e R\$ 5 serão lançadas no segundo semestre, anuncia BC. 4 de junio de 2013, <http://odia.ig.com.br/noticia/eco/nomia/2013-06-04/novas-cedulas-de-r-2-e-r-5-serao-lancadas-no-segundo-semester-deste-ano-anuncia-bc.html>. Consultada el 5 de junio de 2013.

78 / Jefferson Aparecido Dias

costo estimado de la inmediata retirada de la expresión “Alabado sea Dios” de los billetes de real, ¿cuánto le costó al erario las anteriores colocaciones y retiradas de la mencionada expresión conforme se demostró en el apartado anterior?

7. Aspectos religiosos

Finalmente, sólo con intención reflexiva, se cotejan a continuación dos pasajes bíblicos:

17. Dinos, por tanto, qué te parece: ¿es lícito dar tributo al César, o no? 18. Pero Jesús, conociendo su malicia, les dijo: Hipócritas, ¿Por qué me tienden una trampa? 19. Muéstrenme la moneda con que pagan el impuesto. Ellos le presentaron un denario. 20. Y él les preguntó: ¿De quién es esta figura y esta inscripción?” 21. Le respondieron: Del César. Jesús les dijo: *Den al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios* (cursivas nuestras).⁵⁴

15. Cuando llegaron a Jerusalén, Jesús entró en el Templo y comenzó a echar a los que vendían y compraban en él. Derribó las mesas de los cambistas y los puestos de los vendedores de palomas 16. Y prohibió que transportaran cargas por el Templo. 17 Y les enseñaba: ¿Acaso no está escrito: mi casa será llamada casa de oración para todas las naciones? Pero ustedes la han convertido en una cueva de ladrones.⁵⁵

21. *Le dijo Jesús: Si quieres ser perfecto, ve, vende todo lo que tienes y dalo a los pobres: así tendrás un tesoro en el cielo.* Después, ven y sígueme. 22. Al oír estas palabras, el joven se retiró entristecido, porque poseía muchos bienes. 23. Jesús dijo entonces a sus discípulos: *Les aseguro que difícilmente un rico entrará en el Reino de los Cielos.* 24. Sí, les repito, es más fácil

⁵⁴ Biblia Online. Mateus 22, 17-22, <http://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22>. Consultada el 6 de marzo de 2013.

⁵⁵ Biblia Online. Marcos 11, 15-17, <http://www.bibliaonline.com.br/acf/mc/11>. Consultada el 6 de marzo de 2013.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 79

que un camello pase por el ojo de una aguja, que un rico entre en el Reino de los Cielos⁵⁶ (cursivas nuestras).

Según lo contenido en los pasajes bíblicos cotejados arriba, se desprende que el mismo Jesús defendía vigorosamente la separación entre lo que está relacionado con Dios y lo que atañe a los bienes materiales, especialmente el dinero. De esta manera, aprovechando la oportunidad de este tema para ingresar en el ámbito religioso, es interesante para la solución de la cuestión bajo análisis imaginar cómo reaccionaría Jesús al encontrarse con el nombre de Dios impreso en un billete de real, símbolo mayor de las riquezas materiales de la dimensión terrena, objeto de deseo que constituye lema para que muchos seres humanos contraríen los mandamientos divinos y la ley de los hombres.

De manera tal que es necesario considerar que la retirada de la expresión “Alabado sea Dios” de los billetes brasileños, además de buscar el respeto a las leyes de los hombres, consustanciadas en los ordenamientos jurídicos internacionales y patrios, también está conforme con las leyes divinas registradas en la Biblia Sagrada.

8. Conclusiones

Al contrario de lo que se podría imaginar, la colocación de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños no se remonta a la época de la colonización brasileña, y tampoco representa una conducta adoptada de manera reiterada durante los siglos que marcan la historia del país.

En realidad, se está ante una supuesta tradición que fue adoptada sólo en 1986, a partir de una solicitud personal del entonces presidente de la República, José Sarney, posteriormen-

⁵⁶ Biblia Online. Mateus 19, 21-24, <http://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/19>. Consultada el 6 de junio de 2013.

80 / Jefferson Aparecido Dias

te repetida por Fernando Henrique Cardoso, en acto practicado el último día en que ocupó el puesto de ministro de Hacienda, conforme se demostró en los apartados dedicados a la historia de los billetes brasileños, y también a los hechos que resultaron en la inclusión de la mencionada expresión en los billetes.

Hechas las consideraciones de carácter histórico, se dedicó un apartado al análisis del preámbulo de la Constitución de 1988 que, a pesar de traer la expresión “bajo la protección de Dios”, no tiene fuerza normativa para justificar la inclusión de la referida expresión en los billetes, conforme desean hacer creer sus defensores.

Superada más esa preliminar, en el núcleo de este artículo, se presentan los aspectos constitucionales que implican la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños, demostrándose que resultó en la violación de los principios de igualdad, de libertad de culto y de no culto, de laicidad, de legalidad y de impersonalidad, además de su supresión, no agredir, de manera ninguna, la defensa del patrimonio cultural de Brasil.

Entre los apartados antes mencionados, los que más se destacan son los que se refieren a la laicidad del Estado y al principio de legalidad.

Realmente, la laicidad del Estado, considerada como la actuación imparcial y neutra del Estado con respecto a la libertad de culto y no culto de todas las personas, no admite la manifestación de predilección por las que profesan la fe en Dios, en detrimento de las que no profesan ninguna fe o incluso que son creyentes en otras divinidades.

Si se toma sólo ese aspecto, de por sí ya estaría justificada la supresión de la mencionada expresión de los billetes brasileños.

Además, también es forzoso reconocer que la inclusión de la expresión “Alabado sea Dios” de la manera como se le hizo, por medio de acto administrativo, acabó por violar el principio de legalidad.

La expresión “Alabado sea Dios” en los billetes brasileños... / 81

Esa situación está tan fuera de dudas, que ya se han presentado tres proyectos de ley con vistas a suplir tal ilegalidad, sin perjuicio de que las mismas leyes resultantes de eventual aprobación de dichos proyectos también estén llenas de inconstitucionalidad, frente a la violación del principio de la laicidad del Estado.

Como se ve, distintos son los argumentos que justifican la retirada de la expresión “Alabado sea Dios” de los billetes brasileños.

Lamentablemente, esa medida todavía no ha sucedido, y los debates entablados desafortunadamente no están observando la civilidad que se podía esperar. Eso sucede porque se están despreciando los argumentos jurídicos y se están defendiendo las convicciones religiosas con el rigor típico de los fundamentalistas.

Se espera que este artículo permita brindar un poco de luz al tema, apartando razonamientos indebidos utilizados para justificar posiciones seudojurídicas y abriendo espacio para el debate franco de tesis jurídicas.

Al fin y al cabo, se está ante una situación jurídica, no ante una cuestión de fe.

LAS EMPRESAS DE TENDENCIA DE TIPO CONFESIONAL ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Elena SORDA*

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es delinear el tema de las empresas ideológicas de tipo confesional —entre las que encontramos, por ejemplo, las escuelas o los hospitales religiosos— desde la perspectiva jurisprudencial, especialmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se encuentra en Estrasburgo (en adelante TEDH). En particular, examinaré la situación de los trabajadores de dichas organizaciones al surgir un conflicto con el empleador debido a la supuesta incompatibilidad de alguna elección del empleado con la ideología de la empresa.

* Doctora en derecho público comparado por la Universidad de Siena, Italia, desde marzo 2014. En 2010 se graduó en derecho en la Universidad de Génova, Italia. Ha participado como ponente en varios seminarios y conferencias; entre los cuales es posible recordar el IX Convenio Mundial del Derecho Constitucional, que tuvo lugar en Oslo, Noruega, en junio 2014. Hizo instancias de investigación en España, en el Instituto de Estudios Autonómicos de Barcelona y en el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente colabora con la cátedra de derecho constitucional de la Universidad de Génova. Entre los temas de sus investigaciones y publicaciones es posible recordar lo de la libertad religiosa en las relaciones laborales en Italia, España y Europa, así como el sistema de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la protección de los derechos "LGBT".

Como se verá a continuación, este tema plantea retos específicos, especialmente en relación con el necesario balance entre las exigencias laicas de los trabajadores, y las posiciones ideológico-confesionales de las empresas de tendencia. Asimismo, nuestro análisis se enfocará en el *equilibrio adecuado* entre diferentes derechos fundamentales protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio” o CEDH).

2. Nociones y elementos problemáticos

El término *empresas ideológicas* o *de tendencia* se refiere a una categoría jurídica ideada por primera vez en Alemania al inicio del siglo pasado (*Tendenzbetrieb*).¹ Durante los años de la República de Weimar, a través de la ley del 4 de febrero de 1920, se dio un reconocimiento normativo preciso a todos los entes cuyas actividades estaban indisolublemente conectadas a la búsqueda de un ideal determinado, especialmente, en actividades de naturaleza política, sindical, militar, artística, científica o confesional.²

La Ley de 1920 reconocía las peculiaridades de esas organizaciones y, por lo tanto, les aplicaba un régimen jurídico particular en dos aspectos distintos. En primer lugar, respecto de la incompatibilidad entre los derechos de participación de los trabajadores y las actividades ideológicamente orientadas (siendo

¹ Sobre la utilización del término *tendenzbetrieb* y su adopción a nivel normativo y doctrinal, véase De Sanctis Ricciardone, Angela, *L'ideologia nei rapporti privati*, Nápoles, Jovene, 1980, pp. 13 y ss.

² Santoni, Francesco, “I rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza a carattere religioso e confessionale”, *Diritto del lavoro*, Roma, vol. 1, 1988, pp. 562 y ss.; Pedrazzoli, Marcello, “Tutela della tendenza e *tendenzschutz*”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Roma, vol. 4, 1987, pp. 749 y ss.; Blat Gimeno, Francisco, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, 1986, pp. 27 y ss.; Mattarolo, Maria Giovanna, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, Cedam, 1983, pp. 57 y ss.; De Sanctis Ricciardone, Angela, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 85

la finalidad de esta regla impedir la interferencia de las uniones de trabajadores o de los poderes externos en el cumplimiento de la prestación ideológicamente orientada, por ejemplo, en materia de periodismo). El segundo aspecto hacía referencia al particular vínculo laboral que se establecía entre la empresa y el trabajador.³

Respecto de este último punto (que es lo que nos interesa aquí), se ha teorizado que entre el empleador y el empleado se crea una relación particular, caracterizada por el hecho de que el empleado, cuando ejecuta sus tareas, contribuye a la vez a realizar la finalidad típica de la organización y el ideal conectado a ella. Es decir, más allá de la clásica relación de confianza por la cual el trabajador se compromete a cumplir con los intereses económicos y productivos de la empresa, se le pide también comprometerse con los principios morales que caracterizan y orientan la actividad de la empresa de tendencia.

Consecuencia de la conexión directa e inseparable entre el ideal perseguido y el trabajador —llamado también *tendenzträger*, es decir “portador de tendencia”— es que se exige al empleado no solamente su adhesión a la finalidad ideal en su actividad profesional, sino también en su vida privada. La prestación del empleado, por lo tanto, es considerada inútil (o por lo menos, desprovista del necesario valor ideal) si no se enmarca en la voluntad de realizar la tendencia propia del empleador. Debido a este vínculo moral que se crea entre el trabajador y el empleador, se reconoce al segundo no solamente el poder de interrumpir la relación laboral si considera insuficiente la adhesión del empleado a la finalidad moral perseguida por el ente, sino también la posibilidad de aplicar al despido laboral reglas distintas al régimen ordinario.⁴

³ Pedrazzoli, Marcello, *op. cit.*; Santoni, Francesco, *op. cit.*; De Sanctis Ricciardone, Angela, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁴ Pacillo, Vincenzo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 227 y ss.; Calvo Gallego, Francisco Javier, “Alcune riflessioni sul concetto di organizzazioni di tendenza

La relación laboral propia de estas empresas genera, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, dos problemas estrictamente conectados entre sí. En primer lugar, es necesario preguntarse qué es —a nivel técnico— la *tendencia*; luego, cuáles son los límites a la contención de los derechos fundamentales del trabajador para permitir la realización del ideal perseguido, y finalmente, en caso de conflicto, qué pretensión debe prevalecer, y a la luz de qué criterios.

De forma más específica, y respecto las empresas ideológicas confesionales, es necesario distinguir dos situaciones diferentes. La primera es la relación que existe entre los ministros del culto y la confesión religiosa a la que pertenecen, que es regulada por el derecho canónico. La segunda es la relación que los grupos religiosos establecen con sus empleados, la cual está regulada por el derecho laboral, pero también por unas reglas particulares vinculadas con la existencia misma de las empresas de tendencias y la finalidad de permitir el cumplimiento del ideal de referencia.⁵

Hay que evidenciar, desde ahora, que este tema es particularmente interesante no solamente por la amplitud de su apli-

e sulla costituzionalità dell'art. 4, legge 108/90", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Italia, vol. 1, 1994, pp. 265 y ss.; Santoni, Francesco, *op. cit.*; Pedrazzoli, Marcello, *op. cit.*; Mattarolo, Maria Giovanna, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; De Sanctis Ricciardone, Angela, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

Sobre este tema se expresa con claridad Francisco Javier Franco Gallego: "son organizaciones necesarias por el desarrollo del pluralismo pero que, por ello mismo, suelen exigir para su propia existencia, reconocimiento y credibilidad, una homogeneidad en la respectiva parcela del pensamiento, lo que las caracteriza como organizaciones condicionalmente abiertas al seguimiento acatamiento de ese credo o carácter propio de tal entidad. El problema surge cuando el contrato de trabajo se va abriendo camino dentro de estas organizaciones y ...se van reconociendo al asalariado derechos constitucionales simétricos a los que justifican la propia existencia de la organización". Calvo Gallego, Francisco Javier, "Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Europeanrights*, 15 de octubre de 2012, www.europeanrights.eu.

⁵ Roca, María José, "Incidencia de las políticas de igualdad en el desarrollo armónico de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm 20, 2009, www.iustel.com.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 87

cación práctica (como se verá a continuación, muchos ámbitos de la vida de los empleados se entrelazan con las exigencias de las empresas ideológicas), sino también porque los legisladores nacionales han regulado de forma muy limitada el *estatus* de las empresas de tendencia y, en particular, el problema de las relaciones laborales con los empleados. Por esta razón, los criterios de solución de las controversias juzgadas por el TEDH tienen una importancia central, especialmente para los jueces nacionales de los países partes del CEDH.

3. La disciplina de la Unión Europea. Breves notas

Antes de examinar el marco jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, es útil plantear este tema desde el enfoque del derecho comunitario, ya que, con el Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (firmada en Niza en 2000 y editada en Estrasburgo en 2007) ha adquirido el mismo valor que los tratados, y que la Unión Europea se adhirió oficialmente al CEDH (artículo 60. del Tratado de la Unión Europea), al reconocer sus disposiciones en cualidad de “principios generales”.

Respecto de la disciplina comunitaria, la primera fuente de referencia es el Tratado de Ámsterdam,⁶ que reconoce, en su artículo 13, que las instituciones comunitarias tienen la facultad de tomar medidas para luchar contra las “discriminaciones basadas en el sexo, la raza, el origen étnico, la religión o las opiniones personales, la discapacidad física, la edad o la identidad

⁶ El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, “modifica el Tratado sobre la Unión Europea, los Tratados que instituyen las Comunidades Europeas y unos otros actos relacionados” como declara el prólogo del mismo documento. Para una interesante y sintética reconstrucción de la protección de la libertad religiosa antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, véase Favilli, Chiara, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bolonia, il Mulino, 2009, pp. 297 y ss.; Macri, Gianfranco *et al.*, *Diritto ecclesiastico europeo*, Bari, Laterza, 2006, pp. 75 y ss.; Ventura, Marco, *La laicità dell'Unione europea*, Turin, Giappichelli, 2001, pp. 19 y ss.

sexual”.⁷ Dicha disposición coincide en el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y fue recogida en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁸ El mismo texto protege la libertad religiosa en dos artículos más, en el 10 (asociado a la libertad de pensamiento) y en el 22, que garantiza el respeto de la diversidad cultural, lingüística y religiosa.

Siempre en el Tratado de Lisboa, el artículo 17 del TFUE codificó la Declaración 11 (“sobre el estatus de la Iglesia y organizaciones confesionales”) también insertada en el Tratado de Ámsterdam, según la cual la Unión “respeta y no perjudica el estatus previsto por las legislaciones nacionales por las Iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas de los Estados miembros”. Estas disposiciones nos permiten subrayar dos elementos: por un lado, el compromiso de las instituciones europeas para luchar contra cualquier forma de discriminación y, por otro lado, el reconocimiento del trato específico que los Estados miembros dan a las asociaciones religiosas.⁹

Los principios que se acaban de evidenciar fueron desarrollados también por la Directiva 2000/78/CE, del 27 de noviembre de 2000, que busca luchar contra la discriminación en las relaciones laborales.¹⁰ La finalidad de esta directiva es proteger la

⁷ Para un análisis profundizado de las disposiciones, véase Favilli, Chiara, *op. cit.*, nota 6, pp. 153 y ss.; Waddington, Lisa, “Testing the limits of the EC treaty article on non-discrimination”, *Industrial Law Journal*, núm. 28, 1999, pp. 133 y ss. Se evidencia que el artículo 2.7 del Tratado de Ámsterdam modificó el artículo 6o. del Tratado constitutivo de la Comunidad europea introduciendo el artículo 6A, que es a su vez ahora el artículo 13 del TCE (después de Lisboa).

⁸ El artículo 21.1 de la Carta de Niza prohíbe cualquier forma de discriminación motivada, entre otros elementos, por el sexo, etnia, color de la piel, género, opiniones personales, religión o identidad sexual. Favilli, Chiara, *op. cit.*, pp. 213 y ss.; Chieco, Pasquale, “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Roma, vol. 1, 2002, pp. 75 y ss.

⁹ Corti, Matteo, “Diritto dell’Unione europea e status delle confessioni religiose. Profili lavoristici”, *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Roma, febrero de 2011, www.statoechiese.it

¹⁰ Corti, Matteo, *op. cit.*; Favilli, Chiara, *op. cit.*, pp. 221 y ss.; Odriozola Igual, Cristina, “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y reli-

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 89

posición de los trabajadores, haciendo hincapié en los elementos que más caracterizan su intimidad.¹¹ El artículo 2o. define los tratos que caracterizan la discriminación (y, de forma análoga, la igualdad de trato), e incluye tanto la discriminación directa como la indirecta. Particularmente interesante es el artículo 4o. ("requisitos para el desarrollo de la actividad laboral"), cuyo contenido ha generado un debate fértil por parte de la doctrina, que aquí sólo será mencionado de forma muy sintética y limitada, para privilegiar otros temas. El primer apartado de la disposición reconoce que los Estados miembros pueden permitir una diferencia de trato, fundada en uno de los elementos mencionados por el artículo 1o., sin que esto determine una discriminación si, debido a la naturaleza de la actividad laboral o a su contexto, dicha característica constituye un requisito esencial y determinante para el desarrollo de la actividad laboral. Sin embargo, es necesario que la imposición de la limitación persiga un objetivo lícito y que haya proporcionalidad entre el objetivo perseguido y la limitación impuesta.

El segundo apartado del artículo regula otra situación, la de las "actividades profesionales de iglesias u otras organizaciones públicas o privadas, cuya ética está fundada en la religión o en las convicciones personales". En los casos que acabamos de mencionar, los Estados podrán mantener su legislación existente (o introducir nuevas reglas fundadas en su tradición jurídica),

giasas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 6, 2004, www.iustel.com; Bellocci, Paola, "Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro", *Argomenti di diritto del lavoro*, Roma, vol. 1 2003, I, pp. 157 y ss.; Viscomi, Antonio, "Osservazioni critiche su lavoro e 'tendenza' nelle fonti internazionali e comunitarie", *Lavoro e Diritto*, núm. 17, vol. 4, 2003, pp. 581 y ss.; Pacillo, Vincenzo, *op. cit.*, pp. 286 y ss.; Chieco, Pasquale, *op. cit.*; Ventura, Marco, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; Fernández Lopez, María Fernanda y Calvo Gallego, Javier, "La directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones religiosas", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Madrid, núm. 59, 2001, pp. 125 y ss.; De Simone, Gisella, *Dai principi alle regole*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 14 y ss., así como pp. 75 y ss.

¹¹ Simone, Gisella de, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

ya que “una distinción de trato fundada en la religión o en las convicciones personales no constituye discriminación si, debido a la naturaleza de dichas actividades o al contexto en las que están desarrolladas, la religión o las opiniones personales representan un requisito esencial, legítimo y justificado por el desarrollo de la actividad laboral misma a la luz de la ética de la organización”. Por lo tanto, resulta que en el caso de entidades, públicas o privadas, cuyo funcionamiento se centra en la ética religiosa —es decir, las empresas ideológicas confesionales— la fe del trabajador puede constituir una derogación a la regla de la igualdad de trato. El segundo apartado del artículo 4o. añade también que dichos entes pueden exigir de sus empleados “buena fe y lealtad hacia la ética de la organización”.

No es el momento para profundizar algunos de los aspectos relativos a la interpretación de los apartados 1o. y 2o. del artículo 4o. de la directiva. Pero vale la pena subrayar que es fundamental entender cuál es el alcance del vínculo existente entre el empleador y el empleado (en particular, respecto de la segunda parte del artículo 4.2 de la directiva). Se resume el punto de forma eficaz con estas palabras:

Lo que pueden pretender estas organizaciones... para sus empleados es una actitud de lealtad y de buena fe hacia la ética en la cual se fundamentan. ¿Es mucho o poco? Según una interpretación razonable, dicha obligación de conformidad del propio comportamiento debería llegar hasta el respeto de la ética, sin que el empleador pueda exigir la adhesión de los trabajadores al ideal, ni en el desarrollo de su actividad laboral, ni —tampoco— en su vida privada. Según otra (pero también razonable) interpretación, dicha lealtad y buena fe deberían ser cumplidas por cualquier empleado de esas empresas, independientemente de las tareas desarrolladas y (de) forma totalizante.¹²

¹² *Ibidem*, p. 102.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 91

Finalmente, cabe una última apreciación en relación con la naturaleza de las tareas. Según algunos autores y de acuerdo con cierta jurisprudencia (en realidad, la más antigua), cada trabajador debe comprometerse de forma total al ideal de la empresa. Al contrario, de acuerdo con otra teoría, es necesario distinguir entre las tareas *de tendencia* que están directamente conectadas al ideal de la empresa (por ejemplo, el personal docente de una escuela), y las tareas *neutras*, las cuales no están directamente relacionadas con el ideal que la empresa quiere perseguir (por ejemplo, el personal administrativo de una escuela). En el primer caso, se considera que el empleado está vinculado con la tendencia porque hace expresión de la misma, y que su actividad laboral representa el *medio* a través del cual la empresa realiza su ética; en el segundo, el trabajador no tiene vinculación específica, ya que no expresa directamente la tendencia. Más allá de ello, existen muchas dudas respecto a la proporcionalidad, la naturaleza de las tareas, el nivel de limitación al cual los trabajadores tienen que vincularse, etcétera. En este contexto, sería muy útil contar con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para solucionar algunas de estas preguntas; sin embargo, el juez comunitario no se ha expresado todavía sobre estos temas.

En conclusión, aparece que el interés de la Unión Europea para la protección de la libertad religiosa en el ámbito laboral tiene una gran relevancia. Dicha exigencia fue afirmada de forma creciente, en particular, con su reconocimiento en el Tratado de Ámsterdam, en la Carta de Niza y, por supuesto, en el Tratado de Lisboa. También, el legislador europeo se comprometió a desarrollar el tema de la igualdad de trato —desde el enfoque de la libertad religiosa también—, pero asumiendo, sin embargo, el respeto a las peculiaridades de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Dicho objetivo sobresale en repetidas ocasiones, no sólo en las partes introductorias de las directivas, sino también en el contenido de los artículos.

4. El sistema europeo de protección de los derechos: disciplina y jurisprudencia

Ya analizado el marco ofrecido por la Unión Europea, es oportuno ahora desplazar nuestra atención sobre el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En primer lugar, debemos observar que aunque las disposiciones normativas están menos desarrolladas que las de la Unión Europea, contamos con una interesante (aunque no muy amplia) jurisprudencia¹³, que muestra algunos conflictos que pueden desarrollarse en el ámbito de las relaciones laborales en las empresas ideológicas, así como los principios para resolverlos.

Respecto de la libertad religiosa en el CEDH, el primer artículo que debe citarse es el artículo 9o., relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este artículo se compone de dos párrafos, a los cuales corresponden las dos *dimensiones* de la norma. La dimensión interna (*freedom to believe*) se fundamenta en el primer párrafo del artículo 9o. y reconoce la inviolabilidad absoluta del derecho a creer o no creer, siendo esta tutela indisponible e imposible de restricción. Distinto es el régimen de la dimensión externa (*freedom to act*), que está garantizada en el segundo párrafo, donde se codifica la libertad de manifestar la propia religión. A diferencia de la dimensión interna, la tutela, en este caso, tiene un carácter relativo, y puede ser sometida a límites y restricciones, que deben ser proporcionados al bien que se quiere proteger, y necesarios para garantizar los niveles democráticos de la sociedad, la seguridad pública, la salud y moral, así como los derechos y las libertades de los demás.¹⁴

¹³ Hay que precisar que la jurisprudencia del juez de Estrasburgo es exigua no tanto en asuntos sobre la libertad religiosa en general, sino en el más específico ámbito de la libertad religiosa en las relaciones laborales al interior de las empresas ideológicas.

¹⁴ Marchetti, Barbara, "Libertà religiosa e CEDU. Report annuale - 2011 - Italia", *lus publicum network review*, Roma, septiembre de 2011, www.ius-publicum.com;

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 93

Otra disposición fundamental es el artículo 11 del CEDH, relativo a la libertad de reunión y de asociación. Esta disposición adquiere una relevancia particular en el tema examinado, ya que permite atribuir una dimensión colectiva y asociativa a la libertad religiosa, garantizando, asimismo, una protección inmediata a las empresas ideológicas.¹⁵

Antes de examinar con más atención la jurisprudencia del TEDH, es interesante notar que los artículos 9o. y 11 (junto a los artículos 8o. y 10) presentan una estructura similar: están conformados por dos apartados, el primero define el contenido esencial de la tutela, y el segundo precisa sus excepciones.¹⁶ A su vez, los segundos apartados contienen siempre tres elementos —conocidos como *accommodation clauses*—, que se utilizan para justificar la restricción al derecho o a la libertad que está garantizado en la disposición. Los dos primeros tienen un contenido textual, mientras que el tercero se presenta como un criterio interpretativo.¹⁷ En primer lugar, es preciso

Bettetini, Andrea, "Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *I quaderni europei*, Italia, núm 30, abril de 2011, http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/interno_giuridiche.asp; Corti, Matteo, *op. cit.*; Cañamares Arriba, Santiago, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 167 y ss.

¹⁵ Así se expresa el artículo 11 del CEDH: "toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

¹⁶ Greer, Steven, "The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights", *Human Rights Files*, núm. 17, 2000, pp. 9 y ss.

¹⁷ Greer, Steven, "The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention of Human Rights", *The Human Rights Files*, núm. 15, 1997, pp. 9 y ss.; Greer, Steven, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

demostrar que la restricción de la libertad es necesaria para la vida de una sociedad democrática;¹⁸ en segundo lugar, que ha sido realizada de conformidad con el ordenamiento, y finalmente ha de ser proporcional con las exigencias sociales que la justifican.¹⁹ De alguna manera, dichas restricciones caracterizan la presencia de un doble juicio: “por un lado se evidencia un poder estatal autónomo para determinar las medidas que limitan la fricción de las libertades garantizadas en el espacio por la propia jurisdicción nacional; por el otro, se otorga al Tribunal Europeo el poder de evaluar la coherencia de las medidas nacionales adoptadas en relación con las hipótesis derogatorias definidas” en el Convenio.²⁰

Al llegar ahora a las jurisprudencias europeas, es interesante notar la existencia de distintas sentencias del TEDH, cuya relevancia es central con relación al tema de la resolución de conflictos entre empresas de tendencia y sus empleados. Cabe señalar, en primer lugar, que muchos de los casos sometidos a la atención del juez europeo no han superado su control de admisibilidad²¹ En este trabajo se examinarán de forma profundizada

¹⁸ En relación con los artículos, las *accommodation clauses* están desarrolladas de forma distinta, aunque su finalidad siempre está conectada a la protección de la democracia. En el artículo 9o. se indican la seguridad pública, la protección de orden, sanidad y moralidad públicos, además de la garantía de derechos y libertades de los terceros.

¹⁹ Un ejemplo es la sentencia *Kokkinakis c. Grecia* (1993). En dicho caso, relativo a la detención de un ciudadano griego, testigo de Jehová, por haber hecho proselitismo, el Tribunal de Estrasburgo reconoció la existencia de una ley que prohíbe el proselitismo, pero también declaró que la sanción de detención no era proporcionada a la conducta realizada por el recurrente.

²⁰ Así Macri, Gianfranco *et al.*, *op. cit.*, p. 180. Principio identificado en el pronunciamiento *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, 29 de octubre de 1992.

²¹ Entre otras, pueden mencionarse las siguientes: *X. c. Dinamarca* (decisión del 8 marzo de 1976), *Rommelfanger c. República Federal Alemana* (decisión del 6 septiembre de 1989), *Karlsson c. Suecia* del 12 abril de 1989 donde el recurrente fue despedido porque rechazaba cumplir sus tareas de vicario en contacto con sacerdotes de género femenino, *Williamson c. Reino Unido* del 17 de mayo de 1995 donde, de forma parecida al caso anterior, un sacerdote fue despedido por no haber aceptado el acceso de las mujeres al sacerdocio.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 95

*X. c. Dinamarca*²² y *Rommelfanger c. República Federal Alemana*.²³ Luego se examinarán algunos pronunciamientos más recientes, como el conocido caso *Lombardi Vallauri c. Italia*,²⁴ cuyo precursor fue el caso *Cordero*, resuelto por la Corte Constitucional italiana en 1972, los pronunciamientos *Obst c. Alemania*²⁵ y *Schüth c. Alemania*²⁶ (ambos del 23 de septiembre de 2010) y *Siebenhaar c. Alemania*,²⁷ para concluir con la sentencia *Sindacatul Pâstorul cel Bun c. Rumania*,²⁸ resuelta por la Gran Sala del TEDH en julio de 2013.²⁹

Antes de continuar con el análisis puntual de cada pronunciamiento, debemos hacer una rápida premisa metodológica. Como se podrá ver, unos casos tratan de la relación entre iglesias y sacerdotes (*X. c. Dinamarca*, *Obst* y —en parte— *Sindacatul Pâstorul*), los cuales, como se dijo antes, tienen una relación peculiar, considerando la autonomía organizativa típica de las congregaciones religiosas, así como la particular relación que se crea entre ellas y quienes toman los votos. Por lo mismo, las normas aplicadas a estos casos no pueden ser colocados en el mismo nivel que las reglas que normalmente disciplinan las relaciones laborales entre las empresas de tendencia y sus empleados (también en la eventualidad de que una congregación sea el empleador, como pasa en las escuelas confesionales). Aun así, los principios identificados por el TEDH en las sentencias mencionadas tienen un carácter general y pueden ser extendi-

²² Recurso núm. 7374/76, del 8 de marzo de 1976 por la Comisión.

²³ Recurso núm. 12242/86, del 6 de septiembre de 1989.

²⁴ Recurso núm. 39128/05, del 20 de octubre de 2009.

²⁵ Recurso núm. 425/03, del 23 de septiembre de 2010.

²⁶ Recurso núm. 1620/03, del 23 de septiembre de 2010.

²⁷ Recurso núm. 18136/02, del 3 de febrero de 2011.

²⁸ Recurso núm. 2330/09, del 19 de julio de 2013.

²⁹ Para tener una visión completa y sintética de la jurisprudencia europea en materia de empresas de tendencia confesionales y de relaciones laborales, véase también Cañamares Arriba, Santiago, "Autonomía de las confesiones religiosas y discriminación laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 155, 2012, pp. 37 y ss.; Calvo Gallego, Francisco Javier, *op. cit.*

dos también a los típicos contratos profesionales de las empresas ideológicas.

Como se verá a continuación, al examinar el contenido y la naturaleza de las quejas planteadas ante del TEDH, es opinión de quién escribe que es posible identificar dos distintas categorías de conflictos, a los que corresponden —a la vez— diferentes principios interpretativos señalados por el juez de Estrasburgo. Por un lado, se examinarán los casos en los que el trabajador ha sido sancionado por no haber cumplido las tareas laborales orientadas a la realización del ideal del empleador; por otro lado, se analizarán las quejas de los empleados despedidos por haber hecho elecciones y haber realizado conductas que, aunque no estaban directamente conectadas con sus tareas, fueron consideradas incompatibles con ellas y con la *necesaria* fidelidad a la tendencia del empleador.

A. *Tendencia y prestación laboral*

Como adelantamos, el primer grupo de sentencias que analizaremos están caracterizadas por la supuesta incompatibilidad entre la tendencia de la empresa y el cumplimiento de la prestación por parte del empleado. Los casos *X. c. Dinamarca* y *Lombardi Vallauri c. Italia* son muy ilustrativos al respecto.

El primer caso que examinaremos es *X. c. Dinamarca*. La Comisión, el 8 de marzo de 1976, preliminarmente rechazó la instancia debido a la falta de fundamento jurídico.³⁰ El caso, expli-

³⁰ Se habla, en este caso, de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, que tenía su sede en Estrasburgo. Dicha Comisión era finalizada, junto al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a garantizar la aplicación de la Convención Europea a través de sus competencias jurisdiccionales. Sin embargo, debido a la dificultad de garantizar el eficiente funcionamiento del Tribunal y de la Comisión misma, se decidió eliminar a esta última, concentrando las tareas en el primero. Esta decisión produjo sus efectos desde el 1o. de noviembre de 1998, cuando el Protocolo 11 entró en vigor. Por una sintética mirada sobre el papel y las funciones de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, véase Macri, Gianfranco, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 97

cado de forma muy sintética, era el siguiente: un sacerdote de la Iglesia nacional de Dinamarca (*Folkekirchen*) había dispuesto que los padres que querían bautizar a sus hijos tenían que seguir un curso de religión de cinco clases, que el mismo impartía. El ministerio de la Iglesia se opuso a dicha práctica y obligó al sacerdote a interrumpirla o a renunciar a su cargo. El sacerdote se negó a cumplir con la orden y acudió con el juez de Estrasburgo, alegando una violación del artículo 9o. del CEDH.

En la motivación de la Comisión se encuentran dos puntos interesantes. En primer lugar, se admite que, a nivel potencial, una institución religiosa puede ser autor de una violación de la libertad religiosa de uno de sus miembros. Sin embargo, se señala que una Iglesia se caracteriza precisamente por ser una estructura en la cual las visiones sobre la fe son homogéneas, o —por lo menos— muy parecidas, y por lo tanto, constituye un derecho de la Iglesia (también tutelado por el artículo 9o. del CEDH) garantizar dicha homogeneidad y libertad religiosa entre sus miembros.

Respecto de la posición del sacerdote, la Comisión consideró que su libertad religiosa está garantizada en el momento de elegir si adherirse o no a una comunidad religiosa determinada (tomando los votos), y también al disponer en cualquier momento de su facultad de abandonar la congregación. De alguna forma, este razonamiento constituye *in nuce* el principio de la “libertad de dimitir” (*freedom to resign*),³¹ que el Tribunal de Estrasburgo desarrollará y utilizará en su jurisprudencia sucesiva

³¹ Oulad Chaïb, Saïla, “Religious Accommodation in the Workplace: Improving the Legal Reasoning of the European Court of Human Rights”, en Alidadi, Katayoun *et al.* (coords.), *A Test of Faith, Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farham, Ashgate, 2012, pp. 33 y ss; Hervieu, Nicolas, “Un nouvel équilibre européen dans l’appréhension des convictions religieuses au travail”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Roma, enero de 2013, www.statoechurchiese.it. El mismo principio ha sido utilizado también en otras sentencias, que no están directamente contactadas a las empresas ideológicas, pero que tratan de las relaciones laborales entre trabajadores creyentes y empleadores laicos. Entre ellas se puede mencionar *Konttinen c. Finlandia* (recurso 2494/1994, del 3 de diciembre de 1996), sobre el caso de un empleado de la sociedad de trenes. El recurrente no respetaba el horario

para justificar la ausencia de una violación de la libertad religiosa del trabajador por parte del empleador. De acuerdo con este principio, no se viola la libertad de religión del empleado cuando este puede ejercer su derecho a dimitir —es decir, dejar su empleo—, ya que puede “liberarse” de las reglas impuestas por el empleador para actuar de conformidad con su conciencia y su fe. Asimismo, mientras el empleado puede decidir entre trabajar o dimitir, puede también elegir entre el trabajo y su fe religiosa.³²

En este caso, los dos sujetos implicados hacían valer el mismo derecho, protegido por el artículo 9.1 del CEDH. Realizando un balance adecuado entre las dos pretensiones (opuestas, aunque relativas al mismo tema), la Comisión optó por privilegiar la exigencia de una comunidad religiosa homogénea, en lugar de amparar al sacerdote, pues consideró que este ya tenía suficientes instrumentos para proteger por su cuenta su libertad de opinión, fe y autodeterminación.

El segundo caso que analizamos es *Lombardi Vallauri c. Italia*, emitido en 2009.³³ El caso se caracterizaba por la contraposición

laboral porque, al pertenecer a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, consideraba que no podía trabajar después de la puesta del sol los viernes.

³² Así, se puede leer en la sentencia: “Their individual freedom of thought, conscience and religion is exercised at the moment they accept or refuse employment as clergymen, and their right to leave the church guarantees their freedom of religion in case they oppose its teachings”. Para profundizar de forma sintética este principio, su evolución y aplicación se puede ver Sorda, Elena, “Lavoro e fede alla Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza *Eweida e altri c. Regno Unito*”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, Roma, noviembre de 2013, www.forumcostituzionale.it.

³³ Marchetti, Barbara, *op. cit.*; Massa, “Corte di Strasburgo: Lombardi Vallauri c. Italia. Due sfere di libertà ed un confine evanescente”, *Quaderni Costituzionali*, 2010, 1, pp. 142 y ss.; Croce, Marco, “Le libertà garantite dall’art. 33 della Costituzione nella dialettica irrisolta (e irrisolvibile) individualismo-comunitarismo”, en Fiorita, Nicola y Viscomi, Antonio (coords.), *Istruzione e libertà religiosa. Le scuole delle organizzazioni di tendenza*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, pp. 11 y ss.; Croce, Marco, “Dal ‘caso Cordero’ al ‘caso Vallauri’: nozione di scienza e libertà di insegnamento (discutendo con Michele Massa)”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, Roma, 2010, www.forumcostituzionale.it; Croce, Marco, “Il ‘Caso Lombardi Vallauri’ dinanzi alla C.e.d.u.: una riscossa della libertà nella scuola?”, *Stato, Chiese e*

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 99

entre la libertad religiosa de la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán y la libertad de expresión del pensamiento del profesor de filosofía Luigi Lombardi Vallauri, que había impartido clase en dicha institución de 1976 a 1998. El conflicto se originó cuando la Congregación para la Educación Católica del Vaticano decidió de la revocación del permiso de enseñanza del docente en 1998-1999, al considerar que el programa de su asignatura no era conforme con la doctrina católica. Después de haber agotado los recursos internos (TAR de Lombardía³⁴ y Consejo de Estado),³⁵ el profesor Lombardi Vallauri acudió al Tribunal Europeo alegando la violación de los artículos 10 (libertad de expresión) y 6o. (derecho a un proceso equitativo) del CEDH. También, mencionó los artículos 9o. (libertad religiosa) y 14 (prohibición de discriminación), pero estas alegaciones, aunque admisibles, no fueron examinadas, ya que el TEDH consideró que estaban absorbidas por las otras normas. Adelantando la admisión del recurso del profesor Lombardi Vallauri por parte del juez europeo, es necesario reconstruir la argumentación de

pluralismo confessionale, Roma, octubre de 2010, www.statoechiense.it; Toscano, Marcello, "Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Roma, mayo de 2010, www.statoechiense.it.

³⁴ El TAR es el Tribunal Administrativo Regional, es decir, un tribunal administrativo de primera instancia, mientras que el Consejo de Estado representa el tribunal de segunda instancia.

³⁵ Tanto el TAR (con sentencia del 26 de octubre de 2001) como el Consejo de Estado (con sentencia del 18 de junio de 2005) han rechazado las apelaciones, al considerar, por un lado, que "ninguna autoridad de la República puede juzgar las evaluaciones hechas por una autoridad eclesiástica" y, por otro lado, que las autoridades administrativas y jurisdiccionales italianas en ningún caso habrían podido llegar a alejarse de lo que afirmó la Corte Constitucional en la sentencia 195/1972, sobre el caso *Cordero*. Pedullà, Luca, "Il 'gradimento' dell'autorità ecclesiastica costituisce presupposto di legittimità della nomina del docente dell'Università Cattolica del Sacro Cuore", *Forum di Quaderni Costituzionali*, Roma, julio de 2005, www.forumcostituzionale.it; Onida, Francesco, "Ultime considerazioni sul caso Lombardi Vallauri c. Università Cattolica", *OLIR*, Roma, junio de 2005, www.olir.it; Napoli, Mario, "Lo statuto dei docenti nelle Università di tendenza", *OLIR*, Roma, 2004, www.olir.it; Pacillo, Vincenzo, *op. cit.*, pp. 364 y ss.

este último, ya que concluyó que los artículos 6o., 9o., 10 y 14 del CEDH no habían sido violados en sustancia, sino solamente desde una perspectiva procesal.

Precisamente, el Tribunal reconoció la existencia de una injerencia del Consejo de la Facultad en relación con la libertad de expresión del profesor. Esta interferencia se llevó a cabo cuando el órgano decidió no renovar el permiso de docencia debido al contenido de las clases impartidas. Sin embargo, el juez señaló que dicha injerencia era legítima, *ex* artículo 10.2 del CEDH, ya que está prevista por una ley nacional (artículo 10.3 de la Ley 121/1985). La legitimidad de la decisión de la universidad era también fortalecida por el artículo 4o. de la directiva de la Unión Europea 2000/78/CE,³⁶ así como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana.

Al respecto, vale la pena recordar que en 1972 el juez constitucional italiano se había expresado sobre un caso análogo. El caso *Cordero* involucraba a un profesor de la misma Universidad Católica del Sacro Cuore, cuyo permiso de enseñar no había sido renovado en razón del contenido de las clases, considerado incompatible con la doctrina y los ideales católicos.³⁷ En esa ocasión, la Corte Constitucional había reconocido, en la sentencia 195/1972, legítima la naturaleza de la Universidad Católica como empresa ideológica, y legítimo el ideal perseguido por ella (conforme con los principios de pluralismo religioso —artículo 19 de la Constitución italiana— y del pluralismo educativo, artículo

³⁶ Véase el párrafo 3 de este contributo.

³⁷ Croce, Marco, *Le libertà garantite dall'art. 33, cit.*; Napoli, Mario, *op. cit.*; Romboli, Roberto, "Libertà d'insegnamento e organizzazioni di tendenza", *Foro italiano*, Roma, vol. 4, 1978, columna 315; Margiotta Broglio, Francesco, "Il 'caso' Cordero: un po' di ermeneutica", *Politica del diritto*, Roma, vol. 1, 1973, pp. 28 y ss.; Jemolo, Arturo Carlo, "Perplexità su una sentenza", *Foro italiano*, Roma, vol. 1, 1973, columna 6 y ss.; Pizzorusso, Alessandro, "Nota a c. cost. 29 dicembre 1972", *Foro italiano*, Roma, vol. 1 de 1973, columna 9 y ss.; Lariccia, Sergio, "Libertà delle università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento (Osservazione a c. cost. 29 dicembre 1972, núm. 195)", *Giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1972, pp. 2177 y ss.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 101

33 de la Constitución). Había considerado, como consecuencia del punto anterior, que en las universidades confesionales la libertad de enseñanza de los docentes se encontraba limitada en vista de la realización de la finalidad de la institución; es decir, la difusión del ideal educativo católico.³⁸ El juez señaló también en esta ocasión que si bien es verdad que esta regla restringe la libertad de enseñanza del docente, este conocía perfectamente dichas vinculaciones cuando decidió suscribir el contrato con la Universidad y trabajar para ella. Finalmente, la Corte Constitucional italiana concluía que las restricciones a la libertad de enseñanza de los profesores de una institución educativa confesional no sólo permite a la empresa ideológica realizar su tendencia, sino también protege a los estudiantes que eligieron a la escuela en razón de este ideal.

Volviendo a la sentencia del TEDH, es necesario notar que, aunque se admite —abstractamente— el derecho de la universidad en limitar la libertad de expresión del docente, se reconoce también que dicha injerencia violó los derechos del profesor, ya que no pudo beneficiar de las garantías procesales adecuadas, en particular, cuando el Consejo de la Facultad negó la solicitud del docente de comunicarle las motivaciones por las cuales se le juzgó no apto a la enseñanza (en la orden emitida sólo se habló de genéricas “orientaciones” que “se oponen claramente a la doctrina católica”). Asimismo, se consideró que el artículo 10 —e indirectamente el 9o.— fueron violados no tanto por el contenido de la motivación (ya que la argumentación de la institución confesional no es cuestionable), sino por la sustancial ausencia de la motivación misma.

El juez utilizó un razonamiento parecido respecto de la discriminación sufrida por el profesor Lombardi Vallauri. Éste alegaba, con relación al artículo 14 del CEDH, que era ilegítimo someter a los docentes de la Universidad del Sacro Cuore a un régimen distinto de lo previsto para los colegas de otras uni-

³⁸ Corte Constitucional italiana, sentencia núm. 195/1972 del 29 de diciembre, punto 6 de los “considerando in diritto”.

versidades. El Tribunal de Estrasburgo recordó que en vista, de la Directiva 2000/78/CE y de la sentencia de la Corte Constitucional italiana 195/1972, no podía alegarse una discriminación con base religiosa. Sin embargo, consideró que existía una violación bajo el perfil procesal, debido a la falta de comunicación de las razones de naturaleza religiosa a las que se debía la decisión de no renovar el contrato de docencia. Finalmente, respecto de la violación del artículo 6.1 del CEDH, relativo al derecho a un proceso equitativo, el juez europeo señaló que si bien los jueces administrativos italianos habían declarado no tener la competencia para evaluar un juicio de la Santa Sede, el profesor Lombardi no tenía ninguna otra forma de impugnar la decisión.

Entre los puntos más interesantes de la sentencia debemos evidenciar, en primer lugar, el principio identificado por el juez de Estrasburgo según el cual, el artículo 10 del CEDH no tiene solamente un perfil sustancial, sino también una dimensión procesal. Esta interpretación genera algunas perplejidades, porque también se consideró violado el artículo del 6.1 CEDH sobre esta misma justificación.³⁹ En segundo lugar, algo se puede decir con relación a la posición del TEDH sobre la relación entre la autoridad eclesiástica y sus competencias. Como ya se mencionó, el juez de Estrasburgo ha afirmado que el juicio religioso de ninguna forma puede ser objeto de evaluación por parte de las autoridades públicas.⁴⁰ Aún así, criticó la imposibilidad de las autoridades de la Universidad y de los tribunales laicos de averiguar en concreto, mediante un contradictorio con el interesado, la incompatibilidad entre la orientación ética del profesor y la actividad de docencia en la institución confesional.⁴¹

Finalmente, debemos notar que por un lado se reconoce el carácter no cuestionable de la evaluación eclesiástica (debido a

³⁹ Toscano, Marcello, *op. cit.*

⁴⁰ La sentencia fundamental que afirmó este principio, confirmado también en esta ocasión y frecuentemente remachado por la jurisprudencia CEDH en materia de libertad religiosa, es *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993.

⁴¹ Véanse los párrafos 54 y 71.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 103

su carácter religioso-espiritual), pero por otro lado el Tribunal parece desear tener la posibilidad de confrontar el juicio de la institución religiosa con la actividad de enseñanza para averiguar si, efectivamente, la primera es incompatible con la segunda. Ello no deja de plantear algunas dudas para los observadores,⁴² ya que aparece muy complejo visualizar al mismo tiempo, desde un punto de vista lógico, el carácter no cuestionable en abstracto, pero sí cuestionable en concreto de la evaluación eclesiástica. Se puede añadir a ello que si bien se comparte la exigencia de contradictorio reconocida por el TEDH, al mismo tiempo habría podido/debido dar a esta necesidad un reconocimiento distinto. En efecto, compartimos la inquietud del juez europeo respecto de la falta de comunicación de las motivaciones de la decisión al profesor Lombardi Vallauri, pero opinamos también que el Tribunal hubiera podido proseguir su razonamiento a lo largo de este hilo lógico, reconociendo una violación de los derechos del recurrente debido a su imposibilidad de impugnar el juicio emitido. De esta forma, el docente habría podido ejercer su derecho al contradictorio, mientras que quién habría tenido que juzgar las motivaciones aludidas (tanto por él como por la autoridad eclesiástica) habría seguido siendo otro órgano religioso y no una autoridad laica.

El deseo del TEDH de tutelar de forma efectiva la libertad de manifestación del pensamiento (atribuyendo también al artículo 10 un alcance procesal), así como la libertad religiosa (confirmando el carácter no cuestionable de las opiniones elaboradas por las autoridades eclesiásticas), más que llevar a un equilibrio adecuado de los derechos fundamentales, ha llevado a identificar unos principios parcialmente contradictorios entre sí y no totalmente satisfactorios.

Del análisis de las sentencias que acabamos de hacer es posible reconocer el *favor* general del juez de Estrasburgo hacia el empleador, siguiendo un razonamiento que, entre otras cosas,

⁴² Marchetti, Barbara, *op. cit.*; Massa, Michele, *op. cit.*

se parece mucho al de la Corte Constitucional italiana en el caso *Cordero*. Asimismo, hace falta insistir en que el recurso se admitió debido a motivaciones de naturaleza procesal, y que el juez europeo precisó que era admisible la injerencia de la autoridad religiosa en lo relativo a la conformidad de la prestación del empleado al ideal perseguido.

En general, es posible señalar que el TEDH reconoce al empleador una protección particularmente fuerte cuando el empleado no parece comprometerse con el ideal de la institución en la realización de sus prestaciones, ya que no sólo el empleador, sino también los terceros que acuden a la empresa ideológica para obtener un servicio, quieren recibir una prestación ideológicamente orientada. Por lo tanto, en el intento de encontrar un equilibrio adecuado entre las exigencias del trabajador y las del ente, prevalecen estas últimas, por dos razones: porque se frustraría la tutela reconocida al mismo ente, y porque dichas exigencias coinciden con las expectativas y demandas de los sujetos terceros de la relación laboral.

B. *Tendencia y elecciones personales del trabajador*

La segunda tipología de sentencias que vamos a examinar es la que tiene que ver con las demandas de los empleados sancionados por haber tenido una conducta incompatible con la tendencia del empleador, aunque sus actos no estuvieran directamente relacionados con el cumplimiento de las prestaciones por las cuales habían sido contratados. Esta categoría toca un tema sin duda más complejo y delicado de lo que se ha analizado en el párrafo anterior, en particular porque involucra de forma directa el ejercicio de la libertad del empleado en ámbitos que deberían ser de su exclusiva asignación. Como se verá adelante, las quejas se relacionan con el ejercicio de la libertad individual del trabajador en el contexto de su vida privada y familiar, y con la libertad de expresión y de su libertad sindical.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 105

a. Despido y libertad de expresión del trabajador (artículo 10 del CEDH)

La primera sentencia que se analizará —*Rommelfanger c. República Federal Alemana*, emitida el 6 septiembre de 1989— es relativa al despido de un médico dependiente de un hospital católico, que se había expresado en favor del aborto. El hospital admitía todo tipo de enfermos, y no pedía que los trabajadores pertenecieran a la religión católica, pero sí exigía que los empleados se adhirieran a los principales ideales cristianos y que mostraran respeto a las autoridades eclesiásticas. En particular, el contrato laboral precisaba que la finalidad de la institución estaba conectada a la realización de obras de caridad cristiana, y requería a los trabajadores comprometerse con los objetivos e ideales perseguidos, actuando de conformidad con ellos, tanto en el hospital como fuera de éste.

El conflicto fue originado por una carta suscrita por el actor y otros cincuenta médicos, publicada en una revista alemana. El texto criticaba de forma virulenta a quienes se posicionan en contra del aborto, en particular, hacía referencia a algunos representantes del clero y a un miembro de la Asociación Médica Bávara (que asimilaban esa práctica clínica a los exterminios nazis), así como al presidente del Orden de los Médicos, que consideraba que el aborto no era una práctica necesaria en un Estado rico como Alemania occidental. En este contexto, el recurrente había sido despedido no tanto por su opinión, sino por la decisión de expresarla públicamente en la prensa, contradiciendo expresamente los principios católicos que inspiraban el hospital.

El juez de Estrasburgo desestimó el recurso, declarándolo inadmisibile y confirmando la sentencia del juez nacional que había considerado legítimo el despido. Asimismo, consideró justificado que los trabajadores fueran vinculados a una relación de fidelidad en el contexto de una relación laboral en una institución confesional, y que dicho vínculo fuera susceptible de restringir la libertad de expresión de los empleados. Afirmó que el Convenio protege también el derecho de un ente a perseguir determinados

objetivos religiosamente orientados y, que si no pudiera imponer ningún vínculo de fidelidad moral a sus empleados, esta protección sería inútil. Evidenció también (como hizo en la sentencia *X c. Dinamarca*) que el trabajador se comprometió de forma voluntaria con los ideales del empleador y, en consecuencia, a limitar su libertad de expresión. Señaló también que habría podido sencillamente disolver esta vinculación en cualquier momento, al dejar su trabajo. Finalmente, volvemos de nuevo a la libertad de dimitirse (o *freedom to resign*) como medio para evitar tener que limitar las propias libertades fundamentales.

Sintetizando la sentencia, se puede notar que el juez europeo buscó un equilibrio entre intereses opuestos: por un lado, la protección de la libertad de expresión del trabajador, por el otro, la libertad religiosa del ente. El conflicto se resuelve en favor de este último debido al vínculo (rescindible) al cual el trabajador decidió someterse y debido a la necesidad del empleador de poder perseguir su propio ideal religioso.⁴³ La conclusión del Tribunal es que el médico ha expresado su opinión utilizando no solamente sus competencias científicas, sino también su posición profesional (es decir, declarando cuál era su trabajo): asimismo, actuó en abierto desacuerdo con su empleador, ejerciendo (aunque indirecta, porque no directamente relacionado con su actividad clínica) sus funciones.

b. (In)compatibilidad entre tendencia y vida privada del empleado (artículo 8o. del CEDH)

Los casos *Obst*⁴⁴ y *Schüth c. Alemania*⁴⁵ deben examinarse juntos, ya que ambas sentencias fueron emitidas el 23 de sep-

⁴³ Stox, Yves, "Religious-Ethos Employers and Other Expressive Employers under European and Belgian Employment Law", en Alidadi, Katayoun *et al.* (coords.), *A test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farnham, Ashgate, 2012, pp. 151 y ss.

⁴⁴ *Obst c. Alemania*, rec. núm. 425/03, sentencia del 23 de septiembre 2010, sec. V.

⁴⁵ *Schüth c. Alemania*, rec. núm. 1620/03, sentencia del 23 de septiembre 2010, sec. V.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 107

tiembre de 2010, involucran al mismo país y tratan del conflicto entre una Iglesia y uno de sus empleados, cuya conducta en su vida privada no parecía estar conforme con el ideal de la institución. Se adelanta que las conclusiones a las que llegó el Tribunal son opuestas, y ello por los distintos elementos concretos que han caracterizado cada caso.⁴⁶

En el caso *Obst*, el recurrente, que trabajaba para la Iglesia mormona, era el responsable de las relaciones públicas de dicha institución religiosa en Europa. Su contrato de trabajo preveía expresamente que tenía que cumplir con las reglas religiosas propias de la confesión religiosa,⁴⁷ y que dicha disposición tenía un significado especialmente fuerte para las personas que tenían un cargo de alta responsabilidad, tanto que su violación habría determinado el despido inmediato. En 1993, durante un encuentro de naturaleza espiritual que él mismo había solicitado, declaró que su matrimonio estaba en crisis desde hace años y que había tenido relaciones extramatrimoniales. Su guía espiritual le ordenó comunicar su situación a las autoridades eclesiásticas, las cuales, a su vez, despidieron al señor Obst.

El razonamiento del juez europeo tomó en consideración la posible violación del artículo 8o. del CEDH, relativo al derecho a la vida privada y familiar,⁴⁸ que el recurrente consideraba que había sido violado por la invasión del empleador. Esta norma

⁴⁶ Oulad Chaib, Saïla, *op. cit.*; Stox, Yves, *op. cit.*; Corti, Matteo, *op. cit.*; Hervieu, Nicolas, "Saliarié d'une Église, Tu pourras commettre l'adultère... Enfin pas systématiquement (CEDH 23 septembre 2010, Obst et Schüth c. Allemagne). Licenciement pour cause d'adultère et obligations spécifiques des salariés d'organisations religieuses", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Roma, octubre de 2010, www.statoechiese.it. Por una reconstrucción mas detallada de la disciplina de las congregaciones religiosas y de las relaciones laborales en Alemania véase Starck, Christian, "Nuevo desarrollo de las relaciones entre Estado e Iglesia en el Derecho Alemán", *Revista General de Derecho Cánónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 23, 2010, www.iustel.it.

⁴⁷ Se hace referencia explícita a elementos como la prohibición de fumar o de beber café y alcohol.

⁴⁸ Bettetini, Andrea, *op. cit.*; Santolaya, Pablo, "El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)", en

impide al Estado interferir en la *privacidad* de los individuos, pero al mismo tiempo no excluye que las autoridades públicas tengan obligaciones positivas para proteger la intimidad de los particulares. En este contexto, se preguntaba si —en la hipótesis examinada— el Estado tenía que garantizar el derecho a la intimidad del trabajador contra las injerencias del empleador, o si éstas podían considerarse legítimas. También se subrayó que el margen de apreciación propio de los países es mayor en cuanto no existe entre los Estados miembros del Consejo de Europa un acuerdo en relación con el contenido concreto que hay que atribuir a ciertos derechos y principios. Además, cabe recordar que el análisis del concepto de intimidad y vida privada tiene, en sí mismo, una aplicación amplia y difícilmente definible. El juez prosiguió observando que, opuesto al derecho del recurrente, existe el derecho de la institución confesional, protegido por los artículos 9o. y 11 del CEDH.

De acuerdo con las observaciones de los jueces nacionales alemanes, el Tribunal de Estrasburgo consideró legítimo el despido debido a la importancia y relevancia del papel asumido en la organización religiosa por el señor Obst, al ser un representante de nivel internacional. Debido a los cargos específicos del recurrente, y a su larga permanencia en el interior de la Iglesia mormona, no podía ignorar la importancia del matrimonio para la congregación religiosa, así como de la consecuente gravedad del adulterio. La conexión, particularmente marcada, entre el papel público de Obst y la gravedad de sus actos, han llevado a considerar que, por un lado, la conducta del recurrente en su vida privada no podía ser separada de las tareas realizadas por él en la Iglesia, y por el otro lado, que no sancionar al trabajador habría podido ser percibido como una falta de credibilidad de la congregación religiosa. Por lo tanto, en vista de las exigencias no irrazonables del empleador y de las violaciones realizadas

García Roca, Francisco Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 545 y ss.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 109

por el trabajador, el juez de Estrasburgo consideró que el despido había sido una medida proporcionada, y que en la apreciación del equilibrio adecuado entre el derecho a la vida privada y la libertad religiosa debía prevalecer esta última. Señaló, además, que la protección del artículo 8o. del CEDH reconocida por el sistema alemán era adecuada.

Opuestas fueron las conclusiones del TEDH respecto del caso *Schüth*. Los hechos eran los siguientes: el recurrente era el organista y el maestro de coro de una parroquia de la Iglesia católica. Tras separarse de su esposa, había empezado a vivir con otra mujer, con la cual tuvo un niño. Los hijos del primer matrimonio hablaron en la guardería del nacimiento próximo del hermanito, permitiendo así a las autoridades religiosas enterarse de la peculiar situación familiar del señor Schüth. De manera similar al caso anteriormente examinado, los responsables de la Iglesia, una vez enterados de los acontecimientos de la vida familiar del organista, lo despidieron sobre el motivo de la existencia de un conflicto irremediable entre el ideal perseguido por la institución confesional y la conducta del empleado, el cual fue acusado no sólo de adúltero, sino también de bigamo, debido a la sacralidad del matrimonio.

De forma similar al caso *Obst c. Alemania*, el TEDH empezó su razonamiento señalando la dificultad de definir el concepto de intimidad, declarando que está protegida por el artículo 8o. del CEDH y que puede suponer cargas positivas para el Estado. También, puso en contraposición el derecho a la vida familiar del recurrente y los derechos del empleador, protegidos por los artículos 9o. y 11 del CEDH. Sin embargo, aunque los hechos y las premisas parecieran análogas a los acontecimientos del caso anterior (inclusive el hecho de que el recurrente había suscrito un acuerdo en el cual se comprometía a vivir según los principios de la institución religiosa), el Tribunal consideró que el despido era ilegítimo.

El corazón de las motivaciones del juez de Estrasburgo (que en varias ocasiones menciona a contrario el caso *Obst*) se en-

cuentra en los párrafos 69 y siguientes. Se subraya que los jueces nacionales se limitaron a tomar nota del vínculo laboral y ético existente con el ente religioso, así como de la incompatibilidad entre los principios de fe y el comportamiento del trabajador, pero que no se esforzaron en buscar un equilibrio adecuado entre los derechos de los interesados. De esta forma, omitieron confrontar la vinculación religiosa exigida al trabajador con sus tareas, en particular respecto de la conexión de sus prestaciones con la actividad apostólica y la difusión del mensaje religioso.

Además, el juez menciona una sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán de 1985, relativa a las relaciones laborales en las empresas ideológicas, que había declarado legítimo el juicio de *compatibilidad* —realizado por el empleador— entre ideal religioso y comportamiento del trabajador fuera del lugar de trabajo.⁴⁹ Asimismo, el TEDH observó también que el derecho del ente confesional de pretender la adhesión al ideal por parte del trabajador no podía llegar al extremo de pedirle un comportamiento “clericalizado”,⁵⁰ ya que el trabajador sigue siendo un laico, y, por lo tanto, no es posible exigirle cumplir con los principios religiosos en cada dimensión de su vida privada, como en cambio se le pediría a un sacerdote.

De hecho, aunque es correcto afirmar que el recurrente — que suscribió libremente un acuerdo laboral en el cual se comprometió a actuar conforme a la fe católica— aceptó limitar parcialmente su derecho a la intimidad, esta restricción no

⁴⁹ Sentencia del *Bunderverfassungsgericht* del 4 de junio de 1985; BvR 1703/83, 1718/83 y 856/84, publicada en la *Colección de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal*, t. 70, pp. 138-173. El mismo pronunciamiento llevó a la sentencia del TEDH *Rommelfanger c. Alemania*, que se examinó antes. El tribunal constitucional federal afirmó que las organizaciones de naturaleza religiosa benefician de la máxima autonomía en cuanto a su organización interna; los únicos límites que tienen que respetar dependen del ordenamiento jurídico alemán, en particular respecto de los principios fundamentales. Por lo tanto, en cuanto las decisiones del ente sean conformes a la ley, este dispone de la máxima autonomía respecto de cómo evaluar y gestionar las relaciones laborales con sus empleados.

⁵⁰ Es decir, de naturaleza clerical, parecido a lo que se pide a quien toma los votos (párrafo 70).

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 111

puede llegar a imponer la abstinencia sexual a un hombre separado o divorciado, ya que esto representaría una violación directa del núcleo más íntimo del derecho a la vida privada y familiar. En este sentido, no se le podía pedir un compromiso tan totalizante, ya que sus tareas no eran esenciales para la difusión del ideal católico y que —considerando que el hombre tuvo la máxima discreción sobre su vida personal— nada se supo hasta que la información escapó a los niños en la guardería. Finalmente, la Iglesia no sufrió daño alguno en su imagen y credibilidad.

Al observar las distintas conclusiones del Tribunal Europeo, se puede afirmar que, desde su punto de vista, si bien la vinculación al ideal religioso autorice una parcial restricción de la esfera privada del individuo, dicha vinculación debe ser aplicada con mayor o menor flexibilidad según las tareas del trabajador.⁵¹ En síntesis, el Tribunal de Estrasburgo parece evidenciar la necesidad de distinguir entre tareas *neutras* y tareas *de tendencia*, según su grado de relación con la realización del ideal religioso. Sobre la base de esta distinción, el Tribunal no solamente exige averiguar concretamente cuál es el nivel de involucramiento del trabajador en relación con la difusión del ideal de la institución, sino que también pide indagar el nivel de injerencia del empleador en relación con los derechos fundamentales del trabajador.

Finalmente, se afirma que si bien es legítimo que la empresa ideológica pueda restringir los derechos y libertades fundamentales del individuo, dichas limitaciones no pueden llegar a mellar el núcleo esencial de estos derechos. Por lo tanto, se deberá encontrar el equilibrio adecuado entre las diferentes pretensiones, al poner en la balanza por un lado la violación *ideológica*

⁵¹ Hay quien critica esta interpretación del CEDH, considerando que no es competencia de un juez secular evaluar en qué medida una tarea —no *neutra*, sino de *tendencia*— es estrictamente conectada con el ideal y es expresión de este. Al contrario, se opina que este juicio pertenece al empleador confesional, y que el único deber de los tribunales laicos es averiguar que el ente no emita una medida disciplinaria con motivaciones insuficientes o ausentes (como pasó en el caso Lombradi Vallauri). Así, Cañameres Arriba, Santiago, *op. cit.*

cometida, los daños hechos a la institución religiosa, y por el otro, el nivel de restricción de los derechos fundamentales del empleado.

El razonamiento lógico del juez de Estrasburgo puede compartirse plenamente,⁵² sólo hay que esperar que los jueces nacionales examinen con atención suficiente el razonamiento desarrollado por el TEDH y tengan la capacidad de aplicarlo a los procesos de contenido parecido, poniendo particular atención a la distinción entre tareas y a la conexión entre el ideal de la institución y la naturaleza del (eventual) daño que se causa a este.

c. Ideal confesional de la empresa y libertad religiosa del trabajador (artículo 9o. del CEDH)

Ahora bien, otra sentencia de interés es el reciente caso *Siebenhaar*, de 2011,⁵³ relativo al despido de una educadora católica que trabajaba en una guardería administrada por la Iglesia protestante de Alemania.⁵⁴ Los hechos eran los siguientes: a poco más de un año después de haber empezado a trabajar en dicha organización, la Iglesia se enteró de que la empleada era parte de una comunidad llamada Iglesia Universal/Hermanidad de la Humanidad, y que era la responsable de sus actividades de iniciación y proselitismo. Tras reunirse con la empleada, los dirigentes de la Iglesia protestante decidieron despedirla, al considerar que su fe era incompatible con el ideal y los objetivos perseguidos por la guardería. Cabe mencionar que si bien el contrato de trabajo no exigía que la trabajadora estuviera de fe protestante, sí pedía que tuviera un comportamiento de lealtad

⁵² Hay que observar que Corti considera el *iter* lógico sugerido por el tribunal demasiado restrictivo en la distinción entre tareas propias y de tendencia (Corti, Matteo, *op. cit.*).

⁵³ *Siebenhaar c. Alemania*, recurso núm. 18136/02, sentencia del 3 de febrero de 2011, sec. V.

⁵⁴ Bettetini, Andrea, *op. cit.*

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 113

hacia el empleador y su religión, y que no se adhiriera a confesiones incompatibles con la de la empresa ideológica.

La empleada impugnó la decisión. Sin embargo, su queja fue desestimada por el juez nacional sobre el motivo que su desempeño en la Iglesia Universal era susceptible de dañar la credibilidad del instituto educativo confesional. Señalaron que el único sujeto apto para evaluar la compatibilidad entre las dos confesiones religiosas era precisamente la autoridad protestante, cuyo juicio no podía ser cuestionado por un juez laico, quien solamente puede averiguar la eventual falta de lealtad hacia el empleador.

En este contexto, la recurrente acudió al Tribunal de Estrasburgo para oponer una violación de su libertad de conciencia y de religión, protegida por el artículo 9o. del CEDH. A diferencia de lo que pasó en los casos anteriores, las dos partes involucradas en el conflicto oponían la violación de un mismo derecho, ejercido de forma individual en un caso, y colectiva en el otro. Ante esta situación, el Tribunal opinó que el despido era legítimo y que las conclusiones de los jueces alemanes habían sido apropiadas y adecuadas para garantizar la protección idónea a los dos sujetos. Las motivaciones de la orden disciplinaria, conectadas tanto al deber de lealtad de la trabajadora como a la necesidad de la institución de mantener su credibilidad en relación con el público en general, y con los padres de los niños en particular, así como el carácter incontestable de la evaluación sobre la compatibilidad entre las dos confesiones religiosas, fueron consideradas correctas y compatibles con el Convenio Europeo. El Tribunal recordó también que, de acuerdo con el principio del margen de apreciación, su tarea no constituía en hacer un juicio nuevo, sino en comprobar que los procesos de los jueces nacionales se hicieran de conformidad con el CEDH.

Los dos argumentos son particularmente interesantes. Hay que notar, en primer lugar, que al realizar su equilibrio adecuado, los jueces alemanes observaron que la empleada era joven y trabajaba en la guardería desde un tiempo bastante breve, de

114 / Elena Sorda

lo cual dedujeron una necesidad menor de protección, al considerar que la mujer habría podido encontrar otro trabajo con facilidad. Este razonamiento, retomado por el Tribunal Europeo, es interesante en cuanto había sido ya mencionado en el caso *Schüth c. Alemania*. En este último caso, sin embargo, los jueces habían determinado que al haber trabajado por muchos años y como organista y maestro del coro, el empleado difícilmente habría conseguido encontrar otra ocupación fuera de un ente confesional.

El segundo argumento estaba relacionado con el hecho de que la mujer manifestaba públicamente su fe religiosa, al participar activamente a las actividades de una Iglesia distinta a la de su empleador. En este sentido, el juez volvió a poner su atención no solamente en el tipo de tareas de la recurrente (en este caso, claramente de *tendencia*), sino también subrayó el impacto de las elecciones personales de la empleada en relación con la credibilidad de la institución confesional empleadora (casos *Rommelfanger y Obst*) y a la protección de los terceros que acuden a la organización en razón de su ideal y misión (caso *Lombardi Vallauri*, en la medida en la cual hace referencia al caso *Cordero* de Italia).

Ya que la orientación confesional de la educadora no quedó en su fuero interior (ni tuvo una manifestación limitada, sino que, en cambio, era ampliamente conocida), y que ejercía tareas educativas, o de *tendencia* (aunque con niños pequeños), parece correcta la decisión del Tribunal de privilegiar la protección de la libertad religiosa de la Iglesia protestante, en lugar de la de la empleada.

d. Empresas ideológicas y libertad de asociación
(artículo 11 del CEDH)

Finalmente, debemos considerar la sentencia de la Gran Sala *Sindicatul Păstorul cel Bun c. Rumania* del 9 de julio de 2013.⁵⁵

⁵⁵ Recurso 2330/09.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 115

El caso —caracterizado por la contraposición entre la libertad religiosa de una institución religiosa y la libertad de asociación (artículo 11 del CEDH) de los trabajadores— surgió con la decisión de un grupo de sacerdotes y trabajadores laicos de constituir su propio sindicato para gestionar las relaciones y la contratación colectiva en la Iglesia ortodoxa rumana. Cuando solicitaron al tribunal la personalidad moral de la organización, así como su inscripción en el registro sindical, la Iglesia rumana hizo valer que la creación del sindicato sin el acuerdo del arzobispo era prohibida por los estatutos de la institución religiosa. En primera instancia, el juez falló a favor del grupo de trabajadores y les confirió la personalidad moral, al considerar que se había cumplido con todas las gestiones formales necesarias. Sin embargo, los jerarcas de la Iglesia ortodoxa rumana impusieron un recurso de apelación, haciendo valer que los principios constitucionales de libertad religiosa y autonomía de los cultos no debían quedarse en segundo plano ante la libertad de asociación y la libertad sindical.⁵⁶ También señalaron que los sacerdotes no podían ser considerados como cualquier otro empleado, y por lo tanto, no podían ser sometidos a las reglas normales del derecho civil.⁵⁷ Cabe mencionar aquí que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución rumana, relativo a la libertad religiosa, de conciencia y de pensamiento, y a las relaciones entre Estado e Iglesias, cada confesión es libre y goza de autonomía organizativa en los términos establecidos por la ley. También se agregó que si bien los cultos religiosos gozan de autonomía en relación con el Estado, éste tiene el deber de sustentarlos y de facilitar la asistencia religiosa en el ejército, hospitales, prisiones, casas y orfanatos (artículo 29.5). Finalmente, el Tribunal de

⁵⁶ Párrafo 18. En particular se critica duramente la injerencia del Estado en las evaluaciones de exclusiva competencia eclesiástica, ya que con la sentencia objeto de impugnación las instituciones públicas se habían pronunciado sobre elementos relativos al funcionamiento interno de la congregación, los cuales no admitan ninguna intervención por parte de la autoridad judicial estatal.

⁵⁷ Párrafo 19.

segunda instancia recibió la apelación de la Iglesia y denegó el registro del sindicato.

El sindicato invocó ante el Tribunal Europeo, el artículo 11 del Convenio, al considerar que el tribunal nacional había violado su libertad sindical cuando denegó su solicitud de registro. En la sentencia emitida el 31 de enero de 2012, la tercera sección del Tribunal dio la razón al sindicato, en especial, con el argumento de que tanto los sacerdotes como los laicos que trabajaban por la Iglesia ortodoxa rumana eran verdaderos sujetos del contrato laboral, ya que contaban con un sueldo (de origen sobre todo estatal), un sistema de seguridad social, horarios de trabajo determinados, etcétera, y que por esta razón los empleados no podían ser excluidos de su derecho a la libertad sindical. Si bien el juez, al considerar las leyes nacionales,⁵⁸ admitió la posibilidad de que la libertad de los empleados de la Iglesia pudiera ser limitada, en particular para preservar el orden público y la autonomía organizativa de la institución, consideró que el tribunal nacional no había puesto suficiente atención en algunos elementos de gran importancia, tales como los intereses de los trabajadores de la congregación religiosa (en particular, en razón de la existencia de un contrato laboral), las situaciones distintas de los sacerdotes y de los laicos, o la compatibilidad entre la prohibición de instituir un sindicato y las normas de los ordenamientos nacional e internacional relativas a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Señaló, además, que se había permitido en el pasado la creación de otros sindicatos de sacerdotes y laicos (aunque empleados de diócesis distinta de la del caso en examen), y por lo tanto, que no se podía admitir una reacción tan restrictiva como la surgida hacia la instancia de los recurrentes.⁵⁹

⁵⁸ En particular, nos referimos al Estatuto de la Iglesia ortodoxa rumana (aprobado por la ordenanza gubernamental 53/2008), a la Ley sobre los Sindicatos (núm. 54/2003 – Trade Unions Act) y a la Ley sobre la Libertad Religiosa (núm. 489/2006 – Religious Freedom Act).

⁵⁹ Más precisamente, como también se puede leer en la sentencia de la Gran Sala, en 1990 se constituyó el sindicato Solidaritatea en la diócesis de Tomis

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 117

Este pronunciamiento fue impugnado ante la Gran Sala del TEDH, la cual examinó el caso a la luz del contenido del artículo 11 del CEDH⁶⁰ —que protege el derecho de los individuos a asociarse, y, por lo tanto, a constituir una unión de trabajadores—, y del artículo 9o.,⁶¹ que protege la libertad religiosa, así como la autonomía organizativa de las distintas confesiones. Al considerar los elementos fácticos del caso, la Gran Sala reconoció que en la Iglesia ortodoxa rumana las posiciones de los laicos y de los sacerdotes presentan los elementos típicos de una relación laboral. Sin embargo, señala que el contrato de trabajo se concluye en el contexto de una congregación religiosa que pide a sus miembros el compromiso total con el ideal perseguido, el cumplimiento del deber de lealtad, así como el respeto y la sumisión total a la jerarquía eclesiástica. Ante estos elementos, parece muy complicado —si no imposible— distinguir dónde se encuentra el límite entre la actuación de carácter espiritual y la prestación secular.

Además, el juez subrayó que de acuerdo con el Tribunal nacional, la creación de un sindicato por parte de los empleados de la Iglesia ortodoxa es posible, pero que el problema central reside en la condición de aprobación por parte de la jerarquía de la congregación religiosa. Sin duda, esta vinculación constituye una limitación a la libertad de reunión y asociación, pero es necesario averiguar si, consideradas las peculiaridades de las relaciones constituidas, dicha limitación es legítima o no.

En cualquier caso, la Gran Sala consideró que la decisión del juez nacional en denegar el registro con base en la aplicación de los estatutos de la Iglesia ortodoxa había sido correcta, en especial, en vista del principio de autonomía organizativa de las ins-

(párrafos 46 y ss), mientras que en 2007 se instituyó el sindicato Sfântul Mare Mucenic Gheorghe (párrafos 49 y ss.). Además, hay que notar que en el día de la decisión existían cerca de doscientos organizaciones y asociaciones fundadas por miembros de la Iglesia ortodoxa rumana, que a su vez obtuvieron el asentimiento del obispado de referencia (párrafo 52).

⁶⁰ Párrafos 129 y ss.

⁶¹ Párrafos 136 y ss.

tituciones religiosas. En este sentido, puntualizó la necesidad de que el ente religioso expresara su consentimiento, reconociendo también la distinción entre ámbitos de competencia de carácter espiritual y secular.⁶² Además, se señaló que la prohibición de constituir un sindicato no era absoluta, sino condicionada por la autorización del arzobispado competente.⁶³

Concluyendo su razonamiento, el Tribunal de Estrasburgo evidenció que el nivel de autonomía reconocido a las distintas congregaciones religiosas, así como la disciplina que regula las relaciones entre éstas y sus empleados, cambia de forma relevante entre los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, y, por lo tanto, no es correcto desprender una regla general, sino que es necesario reconocer a los Estados un margen de apreciación nacional amplio respecto de la posibilidad de constituir sindicatos de tal naturaleza.⁶⁴ En definitiva, el juez rechaza el recurso, al afirmar que la limitación de la libertad de asociación *ex* artículo 11 del CEDH había sido legítima.

La decisión del juez dio lugar a una opinión concurrente, y otra, parcialmente discordante. La primera se enfoca en el papel de los sacerdotes para afirmar que, aunque los miembros de una Iglesia realizan funciones con elementos típicos de una prestación laboral, su papel no puede ser asimilado a la de un trabajador subordinado, en particular, debido a su específica posición en el interior de la congregación. En este sentido, no pueden beneficiar del artículo 11 del CEDH en materia de constitución de un sindicato, ya que los sacerdotes no pueden ser totalmente asimilados a los trabajadores.⁶⁵

En cambio, la opinión parcialmente discordante comparte los argumentos de la Gran Sala, pero llega a conclusiones distintas,

⁶² Párrafos 167 y ss. En fin, se afirma que la Iglesia ortodoxa rumana merece el reconocimiento de la máxima autonomía y libertad en la gestión de sus conflictos internos y en la disciplina de las relaciones con sus miembros.

⁶³ Párrafo 170.

⁶⁴ Párrafos 171 y ss.

⁶⁵ Opinión concurrente expresada por el juez Wojtyczek. Véanse, en particular, los párrafos 5 y ss.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 119

al considerar que se había vulnerado el artículo 11 del CEDH en el caso concreto.⁶⁶ Se subrayó la importancia de la libertad de asociación (y la de constituir sindicatos), y aún más, la necesidad de no subordinarla al consentimiento de la autoridad pública. Además, se opinó que la Gran Sala no había realizado un equilibrio adecuado entre libertades y derechos fundamentales, sino que había simplemente asentado el poder de las confesiones religiosas de controlar la libertad de asociación de laicos y sacerdotes.

Ahora bien, es posible hacer algunas observaciones sobre el razonamiento del TEDH. Como bien lo observó el juez de Estrasburgo, es indudable la necesidad de tomar en cuenta el nivel específico de autonomía organizativa que cada ordenamiento nacional reconoce a sus congregaciones religiosas, así como la peculiar naturaleza de estos entes. En este sentido, los tribunales nacionales deben tener cuidado en no confundir el análisis de carácter secular (de su competencia), con el de carácter espiritual, que está conectado con la aplicación y el contenido de los ideales y principios religiosos, y cuya competencia pertenece solamente a las autoridades eclesiásticas. Compartimos, por lo tanto, el uso amplio del margen de apreciación nacional en la evaluación de casos como el examinado, a la luz del papel y de la disciplina que los sistemas jurídicos reconocen a los grupos religiosos.

Sin embargo, al mismo tiempo, tenemos que disentir –al menos parcialmente– sobre un punto (mejor dicho, una omisión) del razonamiento del Tribunal, ya que en su juicio no se evidencia la diferencia jurídica que existe entre los sacerdotes y los laicos, en particular, en relación con el distinto papel que desempeñan en la congregación religiosa y, por lo tanto, en la diferente aplicación de la libertad sindical de unos y otros.

Este punto, que puede parecer secundario, tiene, desde mi punto de vista, una relevancia central. En efecto, quien toma

⁶⁶ La opinión parcialmente disidente fue expresada por los jueces Spielmann, Villiger, López Guerra, Bianku, Møse y Jäderblom.

los votos se somete totalmente y de forma voluntaria a la congregación y a sus órganos, y acepta tanto sus reglas quienes los cuales se limitan a suscribir un contrato laboral (aunque tal vez con ciertas vinculaciones morales). En el caso examinado, los sacerdotes tienen efectivamente un papel asimilable a una relación laboral (con sueldo, sistema de seguro social, horario laboral, etcétera), pero siguen siendo miembros efectivos de la Iglesia, a la cual ofrecen sus prestaciones profesionales. En cambio, los empleados laicos están sujetos a una relación de subordinación únicamente profesional: el deber de lealtad y fidelidad al empleador se limita a lo que normalmente se aplica en las relaciones laborales, con la peculiaridad, al tratarse de una empresa ideológica o de tendencia, de que la vinculación de confianza incluye también la adhesión moral a los principios religiosos. Sin embargo, como también afirman las sentencias del Tribunal Europeo analizadas en los párrafos anteriores, el deber de adhesión a la tendencia de los empleados es mucho más limitado de lo que se impone a los sacerdotes, ya que ellos no se limitan a trabajar para la empresa ideológica —la Iglesia—, sino que pertenecen a ella.⁶⁷

Sin duda, en vista de los estatutos que disciplinan el funcionamiento de la Iglesia y su autonomía, es admisible permitir a los dependientes constituir un sindicato sólo si sus principios fundamentales son conformes con los principios de la institución religiosa. Pero, considerada la naturaleza de la relación entre empleados laicos y empleador confesional, parece correcto regular la relación laboral de forma distinta al régimen aplicable a los sacerdotes, especialmente tratándose de la libertad sindical y de la condición de autorización para ejercerla. El punto

⁶⁷ Por ejemplo, como se pudo ver antes, se consideró que un empleado mantiene su libertad de expresión o de conciencia, pero que tiene que ejercerla teniendo en cuenta la necesidad de respetar tanto el ideal del empleador como el de los sujetos que se relacionan con él (que sean pacientes, estudiantes o creyentes). Por lo tanto, al trabajador no se le puede imponer adherirse totalmente a la tendencia y de "hacerla suya", sino respetarla y evitar las manifestaciones en abierto desacuerdo que podrían perjudicar la credibilidad del ente.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 121

fundamental no es tanto negar la exigencia de que un sindicato adopte principios compatibles con los de la Iglesia, sino limitar la capacidad decisonal del ente religioso sobre la existencia misma del sindicato. Por lo tanto, habría sido mejor precisar que si la instancia de creación de una unión de trabajadores es avanzada por unos empleados laicos, la congregación religiosa debería limitarse a averiguar la compatibilidad del estatuto sindical con los principios espirituales de la confesión religiosa,⁶⁸ dejando a la autoridad pública los juicios sobre los elementos seculares. De esta forma, se habría podido garantizar una efectiva protección tanto de la libertad religiosa del ente confesional y de su autonomía organizativa como la libertad de reunión y asociación de los empleados.

No quisiera contradecir en ningún momento la validez del razonamiento del juez de Estrasburgo, cuyo contenido comparto casi totalmente. Sin embargo, me parece que es importante notar la existencia de ciertas aproximaciones, en particular para distinguir el papel y la posición jurídica entre sacerdotes y empleados laicos al interior de una empresa ideológica, especificando también la naturaleza distinta de su vinculación: pertenencia a la institución para los sacerdotes, y sumisión al contrato laboral para los trabajadores. De hecho aparece claro que la compresión de derechos y libertades de los sacerdotes es conceptualmente (y por lo tanto también “cuantitativamente”) distinta de lo que es admisible para los trabajadores laicos, aunque sometidos a una particular vinculación ideológico-moral.

A un nivel más complejo, y tras examinar los diferentes casos, aparece clara no solamente la variedad de conflictos que pueden surgir entre empleador y trabajadores, sino también el cuidado con el cual el TEDH analiza estos asuntos, intentando balancear los derechos de los sujetos involucrados (y tomando en cuenta los regímenes nacionales de los diferentes Estados partes del Con-

⁶⁸ Por ejemplo, insertando una cláusula en la cual se declara respetar los principios fundamentales de la confesión religiosa, así como la autoridad de la congregación para definirlos y aplicarlos.

venio), pero sin entrar en consideraciones de carácter religioso. Equilibrio que, por lo visto, aparece a veces plenamente “satisfactorio” (por ejemplo en los casos *Obst*, *Schüth*, *Rommelfanger* y *Siebenhaar*), pero no tanto en algunas otras (como en el caso *Sindicatul Pâstorul cel Bun*). De manera general, el Tribunal pone mucha atención al interés de la empresa para la realización de su ideal, así como a la protección de su credibilidad.

5. Algunas observaciones finales sobre las argumentaciones deducidas y los criterios del TEDH

Del análisis de casos examinados por el TEDH es posible extra-polar algunas notas finales. En primer lugar, hay que evidenciar que, al reconstruir el marco normativo de referencia, el juez europeo menciona siempre la directiva 2000/78/CE⁶⁹ e interpreta los dos apartados del artículo 4o. de forma sistemática. Además, aplicó en diversas ocasiones el principio de proporcionalidad en su evaluación sobre el nivel de adhesión-respeto pedido al trabajador, así como en relación con la injerencia del empleador en la vida privada y elecciones de su empleado.

Otro elemento que sobresale claramente es el respeto de las apreciaciones que competen a las autoridades religiosas. En efecto, en diversas ocasiones se señala que solo ellas pueden juzgar la conducta de los empleados en relación con el ideal confesional. El carácter no disputable del juicio religioso por parte de las autoridades civiles laicas encuentra su fundamento en el respeto de la libertad religiosa, como lo ilustra la sentencia *Kokkinakis c. Grecia*.

Otro criterio identificado por el juez europeo es la necesidad de distinguir entre tareas “neutras” y “de tendencia”. Asimismo, dicha distinción limita por un lado la capacidad del ente confesional para juzgar las acciones del trabajador en relación

⁶⁹ Por supuesto, estamos hablando de las sentencias sucesivas al 2000 (en nuestro caso hablamos de *Lombardi Vallauri*, *Obst*, *Schüth* y *Siebenhaar*).

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 123

con el respeto del ideal, y por otro lado implica que los empleados tienen que mostrar un mayor o menor respeto al ideal del ente en relación con sus tareas.⁷⁰ La *ratio* de este principio es que los derechos y las libertades de los trabajadores pueden ser lícitamente restringidos por el empleador confesional sólo si esta contención es estrictamente necesaria para la protección de sus derechos fundamentales. De forma parecida, si la conducta contraria al ideal religioso ha sido realizada por un sacerdote⁷¹ o de manera general por un ministro del culto, se reconoce al juicio del ente una mayor autoridad a las que se reconocerían si la conducta fuera realizada por un laico.

Finalmente, sobresale que el Tribunal pone mucha atención no sólo en examinar la prestación debida (al diferenciar entre “neutra” y “de tendencia”, y al valorar en qué medida la tarea de tendencia está relacionada al ideal), sino también en analizar el nivel de publicidad y manifestación del disenso o conducta incompatible con la tendencia, así como la posibilidad que dicha acción perjudique la credibilidad de la empresa ideológica y de sus valores. De esta manera, no se les pide a los trabajadores una adhesión incondicionada y total con ideal (lo que violaría su libertad de conciencia), sino una conducta de respeto hacia la tendencia, para preservar la credibilidad pública del ente.⁷² Este último punto es tal vez el principio más relevante que ha surgido en la jurisprudencia del TEDH, debido a su transversalidad y a su fácil transposición en los ordenamientos nacionales.

Otro nudo central de la problemática es saber cómo entender efectivamente la *tendencia* de la organización, y —aún más delicado— si coincide solamente con el ideal confesional perseguido o si corresponde también a la actividad del ente orien-

⁷⁰ Dicha distinción sobresale en la comparación entre las tareas de los dos recurrentes en los casos *Obst* e *Schüth*.

⁷¹ Véanse los casos *X c. Dinamarca*, *Schuth* e *Sindicatul Păstorul*.

⁷² Este punto sobresale claramente en los casos *Rommerlfanger*, *Lombardi Vallauri*, *Schüth* y *Siebenhaar*.

tada por este ideal (proselitismo, educación, salud, etcétera). Este elemento permite distinguir con mayor precisión hasta qué punto puede llegar la influencia de la empresa ideológica sobre la vida del empleador, y cuáles son los ámbitos que no pueden ser cuestionados por ella.

Finalmente, al examinar las dos macrocategorías que se evidenciaron en este trabajo —los conflictos surgidos por el tipo de tareas realizadas por el empleado y la distancia entre tendencia y elecciones privadas del trabajador—, es posible desarrollar algunas observaciones. En el caso de los despidos relativos al cumplimiento de las prestaciones laborales, es evidente que el Tribunal Europeo considera lícito el examen por parte del empleador de la conformidad de su conformidad con la tendencia de la empresa, aun cuando es susceptible de restringir un derecho fundamental del empleado, como su libertad de cátedra. Ello porque esta facultad es necesaria para garantizar no solamente la eficacia de las tutelas ofrecidas por el Convenio, sino también para proteger los derechos de los terceros que acuden al ente para obtener cierta prestación. En cambio, cuando el conflicto se origina en la incompatibilidad entre la tendencia de la empresa y el ejercicio de una libertad del trabajador no estrictamente relacionada a la prestación laboral, en este caso el Tribunal realiza un equilibrio adecuado que toma en cuenta tanto la naturaleza de la violación como la tarea del trabajador, junto con el grado de conexión con la tendencia.

Existen también otras líneas argumentativas frecuentes, tal como la libertad de dimitir (*freedom to resign*), de acuerdo con la cual la libertad de un recurrente está suficientemente protegida si él puede elegir de forma autónoma suscribir un contrato o rescindirlo.⁷³ En otras ocasiones se consideró también que la edad del trabajador, así como la duración de la relación laboral entre el empleador y el trabajador, eran elementos de-

⁷³ Così nelle sentenze *X. c. Dinamarca y Rommerlanger c. República Federal Alemana*.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 125

terminantes para valorar la proporcionalidad de la sanción, así como el nivel de confianza del trabajador hacia la estabilidad de su trabajo, además de su capacidad para volver a encontrar un trabajo.⁷⁴

Sin duda, el tema de las empresas ideológicas religiosas es complejo, ya que muestra la constante necesidad de equilibrar los derechos de la institución confesional con los del trabajador, en un marco normativo muy limitado (al lado de la disciplina europea y comunitaria, los ordenamientos nacionales suelen tener muy pocas disposiciones para regular el fenómeno, o incluso lo dejan por completo a su praxis jurídica). Por esta razón, los principios y los criterios interpretativos identificados por el Tribunal Europeo parecen particularmente interesantes y útiles. En este contexto, la jurisprudencia del TEDH constituye una pauta fundamental para los tribunales nacionales que encontraran un apoyo firme en la solución de casos más frecuentemente de lo que se podría imaginar.

6. Bibliografía

BELLOCCHI, Paola, “Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro”, *Argomenti di diritto del lavoro*, Roma, vol. 1, 2003.

BETTETINI, Andrea, “Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, *I quaderni europei*, Italia, núm 30, abril de 2011, http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/interno_giuridiche.asp.

BLAT GIMENO, Francisco, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, 1986.

⁷⁴ Este principio se puede identificar en los casos *Schüth y Siebenhaar*.

- CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Alcune riflessioni sul concetto di organizzazioni di tendenza e sulla costituzionalità dell’art. 4, legge 108/90”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Italia, vol. 1, 1994.
- , “Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Europeanrights*, 15 de octubre de 2012, www.europeanrights.eu.
- CAÑAMARES ARRIBA, Santiago, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005.
- , “Autonomía de las confesiones religiosas y discriminación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 155, 2012.
- CHIECO, Pasquale, “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Roma, vol. 1, 2002.
- CORTI, Matteo, “Diritto dell’Unione europea e status delle confessioni religiose. Profili lavoristici”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Roma, febrero de 2011, www.statoechiese.it.
- CROCE, Marco, “Dal «caso Cordero» al «caso Vallauri»: nozione di scienza e libertà di insegnamento (discutendo con Michele Massa)”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, Roma, 2010, www.forumcostituzionale.it.
- , “Il ‘Caso Lombardi Vallauri’ dinanzi alla C. E. D. U.: una riscossa della libertà nella scuola?”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Italia, octubre de 2010, www.statochiese.it.
- , “Le libertà garantite dall’art. 33 della Costituzione nella dialettica irrisolta (e irrisolvibile) individualismo-comunismo”, en FIORITA, Nicola y VISCOMI, Antonio (coords.), *Istruzione e libertà religiosa. Le scuole delle organizzazioni di tendenza*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.
- DE SANCTIS RICCIARDONE, Angela, *L’ideologia nei rapporti privati*, Napoli, Jovene, 1980.
- DE SIMONE, Gisella, *Dai principi alle regole*, Turin, Giappichelli, 2001.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 127

- FAVILLI, Chiara, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bolonia, Il Mulino, 2009.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda y CALVO GALLEGOS, Javier, “La directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones religiosas”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Madrid, núm. 59, 2001.
- GREER, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Decretion unde the European Convention of Human Rights*, Human Rights Files núm. 17, 2000.
- , “The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention of Human” *Rights, Human Rights Files*, núm. 15, 1997.
- HERVIEU, Nicolas, “Un nouvel équilibre européen dans l’appréhension des convictions religieuses au travail”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Roma, enero de 2013, *www.statoe.chiese.it*.
- , “Salarié d’une Église, Tu pourras commettre l’adultère... Enfin pas systématiquement (CEDH 23 septembre 2010, Obst et Schüth c. Allemagne). Licenciement pour cause d’adultère et obligations spécifiques des salariés d’organisations religieuses”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Roma, octubre de 2010, *www.statoe.chiese.it*.
- JEMOLO, Arturo Carlo, “Perplexità su una sentenza”, *Foro italiano*, Roma, vol. 1, 1973.
- LARICCIA, Sergio, “Libertà delle università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento (Osservazione a c. cost. 29 dicembre 1972, núm. 195)”, *Giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1972.
- MACRÌ, Gianfranco *et al.*, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- MASSA, Michele, “Corte di Strasburgo: Lombardi Vallauri c. Roma. Due sfere di libertà ed un confine evanescente”, *Quaderni Costituzionali*, Roma, vol. 1, 2010.

128 / Elena Sorda

- MARCHETTI, Barbara, “Libertà religiosa e CEDU. Report annuale – 2011 – Italia”, *Ius Publicum Network Review*, Roma, septiembre de 2011, www.ius-publicum.com.
- MARGIOTTA BROGLIO, Francesco, “Il ‘caso’ Cordero: un po’ di ermeneutica”, *Politica del diritto*, Roma, vol. 1, 1973.
- MATTAROLO, Maria Giovanna, *Il rapporto subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, Cedam, 1983.
- NAPOLI, Mario, “Lo statuto dei docenti nelle Università di tendenza”, *OLIR*, Roma, 2004, www.olir.it.
- ODRIOZOLA IGUAL, Cristina, “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideologica y religiosas: la directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 6, 2004, www.iustel.com.
- ONIDA, Francesco, “Ultime considerazioni sul caso Lombardi Vallauri c. Università Cattolica”, *OLIR*, Roma, junio de 2005, www.olir.it.
- OULAD CHAIB, Saïla, “Religious Accommodation in the Workplace: Improving the Legal Reasoning of the European Court of Human Rights”, en ALIDADI, Katayoun *et al.* (coords.), *A Test of Faith, Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farham, Ashgate, 2012.
- PACILLO, Vincenzo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milán, Giuffrè, 2003.
- PEDRAZZOLI, Marcello, “Tutela della tendenza e *Tendenzschutz*”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Roma, vol. IV, 1987.
- PEDULLA, Luca, “Il ‘gradimento’ dell’autorità ecclesiastica costituisce presupposto di legittimità della nomina del docente dell’Università Cattolica del Sacro Cuore”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, Roma, julio de 2005, www.forumcostituzionale.it.

Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal... / 129

- PIZZORUSSO, Alessandro, “Nota a c. cost. 29 dicembre 1972”, *Foro italiano*, Roma, vol. 1 de 1973.
- ROCA, María José, “Incidencia de las políticas de igualdad en el desarrollo armónico de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm 20, 2009, www.iustel.com.
- ROMBOLI, Roberto, “Libertà d’insegnamento e organizzazioni di tendenza”, *Foro Italiano*, Roma, vol. 4 de 1978.
- SANTOLAYA, Pablo, “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- SANTONI, Francesco, “I rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza a carattere religioso e confessionale”, *Diritto del Lavoro*, Roma, vol. 1, 1988.
- STARCK, Christian, “Nuevo desarrollo de las relaciones entre Estado e Iglesia en el derecho alemán”, *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 23, 2010, www.iustel.it.
- SORDA, Elena, “Lavoro e fede alla Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza *Eweida e altri c. Regno Unito*”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, Roma, noviembre de 2013, www.forumcostituzionale.it.
- STOX, Yves, “Religious-Ethos Employers and Other Expressive Employers under European and Belgian Employment Law”, en ALIDADI, Katayoun *et al.* (coords.), *A Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farnham, Ashgate, 2012.
- TOSCANO, Marcello, “Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell’Uomo”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Italia, mayo de 2010, www.statoechiese.it.

130 / Elena Sorda

VENTURA, Marco, *La laicità dell'Unione europea*, Turín, Giappichelli, 200.

VISCOMI, Antonio, “Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie”, *Lavoro e Diritto*, núm. 17, vol. 4, 2003.

WADDINGTON, Lisa, “Testing the Limits of the EC Treaty Article on non-Discrimination”, *Industrial Law Journal*, Londres, núm. 28, 1999.

Encrucijadas de la laicidad, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de marzo de 2015 en Gráfica Premier, S. A. de C. V., Calle 5 de Febrero 2309, colonia San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México. Se utilizó tipo *Rotis Semi Serif Std* en 8.5, 9.8 y 10.8 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gr. para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).