

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año IX – Nr. 1 – 1º semestre 2021



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año IX – N° 1 – primer semestre 2021

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

DIRECTOR

CALOGERO PIZZOLO

Catedrático *Jean Monnet* – Universidad de Buenos Aires, Argentina

CONSEJO ACADÉMICO

PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)

JOSÉ MARÍA SERNA (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)

CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO (Universidad de Alcalá de Henares, España)

MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)

ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)

JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)

LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)

LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)

VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)

FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)

PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)

ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

FEDERICO TABOADA (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

JEREMÍAS BRUSAU (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

ROCÍO E. BUOSI (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO DEL CEDH Y EN LA LABOR DEL TEDH

Pablo Latorre Rodríguez¹ y Jorge Humberto Vargas Ramírez²

Fecha de recepción: 2 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2021

Resumen

En este trabajo presentamos un estudio sobre el reconocimiento de la diversidad cultural en el ámbito jurídico europeo y la protección que en el mismo se le otorga. El campo europeo supone una realidad compleja y desafiante para la gestión intercultural de la diversidad cultural, para hacer frente a ello nos hemos centrado en analizar el tratamiento que de la cuestión ha sido llevado a cabo en el ámbito del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), sobre todo en la labor de concreción e interpretación posterior que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha realizado. Así pues, este análisis no se limitará a comentar el reconocimiento de la diversidad cultural recogido en los derechos incluidos en el CEDH, sino que además se dirige la atención a la protección de la diversidad cultural desarrollada por el TEDH, en especial el concepto de discriminación indirecta, consagrando apartados completos al examen de la jurisprudencia elaborada por este tribunal en su tarea de protección de la diversidad cultural.

Palabras clave: derechos humanos, interculturalismo, TEDH, Consejo de Europa, CEDH.

Title: Analysis of the recognition and protection of cultural diversity in the legal field of the ECHR and in the work of the ECtHR.

¹Doctor en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por la Universidad de Zaragoza, España. Profesor de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC), México.

² Maestro en Derecho por la UABC, México. Profesor de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC), México.

Abstract

In this paper we present a study on the recognition of cultural diversity in the European legal sphere and the protection that it is granted therein. The European field is a complex and challenging reality for the intercultural management of cultural diversity, to face this we have focused on analyzing the treatment of the issue that has been carried out within the scope of the European Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), especially in the work of definition and subsequent interpretation that the European Court of Human Rights (ECtHR) has carried out. Thus, this analysis will not be limited to commenting on the recognition of cultural diversity included in the rights included in the ECHR, but also focuses on the protection of cultural diversity developed by the ECtHR, especially the concept of indirect discrimination, dedicating complete sections to the examination of the jurisprudence prepared by this court in its task of protecting cultural diversity.

Keywords: human rights, interculturalism, ECtHR, Council of Europe, ECHR.

I. Introducción

El incremento de los flujos migratorios en los últimos años hacia Europa y los Estados Unidos³ se ha traducido en una diversidad cultural que ha puesto frente a frente a la cultura judeocristiana occidental de origen greco-romana, con la proveniente de países de tradiciones culturales y religiosas diferentes, particularmente los migrantes de África y Asia. De manera paradójica, es desde los derechos humanos de innegable raigambre occidental, desde donde se debaten los alcances jurídicos de conceptos como multiculturalidad e interculturalismo, con la consecuente intervención de instituciones y tribunales, particularmente los protectores de Derechos Humanos.

³ Varios factores intervienen en este proceso; desde los procesos de descolonización de África y parte de Asia a mediados del siglo pasado, hasta, en menor medida los vaivenes de los regímenes dictatoriales y represivos en América Latina, pero sobre todo la desigualdad económica entre Europa y América del Norte y prácticamente el resto del mundo.

Los inmigrantes procedentes de países de tradiciones culturales diferentes a la europea son los iniciadores de un proceso complejo de multiculturalidad, que al establecerse por periodos prolongados o de manera definitiva, comienzan a tejer una red comunitaria al llegar como matrimonios o casarse en el país de acogida con paisanos, o bien hacer traer a sus familiares. Posteriormente, sus hijos asisten a escuelas y comienza un proceso de integración que contrasta las tradiciones de la cultura de los inmigrantes con la propia del país receptor.

Esta diversidad cultural es más marcada cuando los inmigrantes provienen de países donde la cultura de raíces europeas no prevaleció sobre las tradiciones ancestrales como aquellos países del “África Negra” o Asia⁴; Aquí, las diferencias son profundas: la manera de entender la vida y la muerte; los roles del hombre y la mujer; la educación de los hijos... Hablamos de cosmovisiones diferentes y de diferentes concepciones de justicia.

Así, tenemos que los inmigrantes con su propia cultura deben coexistir con otra cultura hegemónica, que, como cultura dominante, debe ser aceptada por estas minorías para ser admitida con estatus legal, pero al mismo tiempo rechazada, en aras de su propia tradición. Por lo que estas minorías crean en su vida diaria dos ámbitos: el privado familiar dominado por las tradiciones de su país de origen y un ámbito más amplio, el de las relaciones macrosociales, donde por conveniencia, debe respetar las tradiciones propias del Estado de acogida.

A la multiculturalidad brevemente descrita en los párrafos precedentes (con los consabidos choques de tradiciones en los espacios comunes) debe agregarse un renovado nacionalismo en muchos sectores de las sociedades europeas, basado en un ancestral miedo al otro, al diferente, a que su número crezca y pasen a ser mayorías. Esto explicaría la emergencia y popularidad de partidos de tendencias nacionalistas, fenómeno ya común en Europa y que se refleja en triunfos electorales de estos partidos con la consecuencia de reformas legales que reduzcan o de plano eliminen los derechos de las minorías.

⁴ Pensemos por ejemplo en los migrantes de América Latina radicados en Europa o Estados Unidos; Aquí, las diferencias, son de idioma (y para los situados en España y Portugal, ni eso), comida, entretenimiento, pero la religión, vestimenta, usos sociales son, si no los mismos, muy parecidos, por lo que aquí el problema se reduce al dilema de asimilación por la cultura dominante o la prevalencia de la interculturalidad.

Sin embargo, Europa también es lugar de origen y desarrollo de los Derechos Humanos, tradición que tiene raíces en el derecho natural y que continua con la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el Bill of Rights inglés (1689), la Constitución de Weimar alemana (1919) y que se expande inmediatamente después del fin de la Segunda Guerra Mundial⁵ con la construcción de un sistema internacional de derechos humanos a partir de sistemas regionales con instituciones, normas y tribunales que se proponen hacer efectivos los derechos humanos. El Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son ejemplo de instituciones pioneras para la protección de estos derechos.

Aquí es donde encontramos la importancia de estas instituciones a las que les corresponde transformar esta simple yuxtaposición de identidades culturales, que conocemos como multiculturalidad en procesos de verdadera interculturalidad, basados en el dialogo intercultural. Estos procesos de transformación de la multiculturalidad en interculturalidad también abonarían a hacer efectivo un principio que se constituye en rasgo distintivo de los Derechos Humanos: su carácter Universal.

Podemos distinguir con claridad, al menos tres dimensiones de los derechos humanos: el ámbito filosófico-discursivo; el institucional-normativo y el ámbito pragmático: como se viven los derechos humanos en lo cotidiano. El ámbito filosófico, el de los fundamentos de los derechos humanos tiene una abundante y rica literatura; el análisis o estudio la vida diaria del hombre o mujer común con los derechos humanos es una tarea ardua que excede nuestras ambiciones; por ello, nos proponemos en este ensayo abordar temas relacionados con el ámbito institucional normativo de los derechos humanos, concretamente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el trabajo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁵ 1945 marca el inicio de este proceso con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, entre cuyos propósitos, además de la preservación de la paz, se encuentra de manera preponderante el impulso de los Derechos Humanos precisamente como instrumento para preservar la paz a través del respeto a la dignidad humana. Tres años después este impulso rinde frutos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los procesos de creación de los sistemas regionales, el primero de ellos en Europa.

Nuestro trabajo lo dividimos en cuatro partes; Primero, hacemos una reseña breve del reconocimiento de la diversidad cultural en los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH); después, analizamos el concepto de discriminación indirecta como una de las técnicas de protección de la diversidad cultural desarrolladas por el tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH); en una tercera parte, revisamos y comentamos reflexivamente algunos casos donde el TEDH ha elaborado jurisprudencia precisamente en aras de la protección a la pluralidad cultural religiosa; finalmente, a manera de conclusiones hacemos algunas breves reflexiones sobre nuestro trabajo.

II. Reconocimiento de la diversidad cultural en los derechos recogidos en el CEDH

Para estudiar el reconocimiento y protección de la diversidad cultural en el entorno supraestatal europeo acudimos al ámbito del CEDH y a la labor del TEDH debido a la importancia de éstos como espacio de mayor amplitud (47 Estados) y por constituir el escenario en el cual la diversidad cultural dentro del Viejo Continente llega a sus niveles más altos. Si pretendemos analizar el tratamiento que estas instituciones realizan de semejante variedad de religiones, lenguas, tradiciones, estilos de vida, y otras manifestaciones culturales estamos obligados a centrarnos en ver de qué manera ésta es reconocida y protegida. El CEDH adoptado en 1950 en el seno del Consejo de Europa⁶ contiene una colección de derechos a semejanza de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 (DUDH 1948) con el fin de garantizar y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos de los Estados Miembros de la referida institución internacional. Los derechos humanos y libertades fundamentales incluidos en el Convenio también protegen la diversidad cultural. Éstos se recogen en varios artículos, además de algunos Protocolos Adicionales. Podemos encontrar artículos que protegen directamente las libertades de religión y conciencia, y deducir de otras protecciones a la diversidad lingüística

⁶ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950

y a las prácticas y manifestaciones culturales minoritarias. A continuación, pasamos a exponer de qué modo se reconoce la diversidad cultural en el CEDH.

El artículo 9 del CEDH consagra la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

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

Observamos cómo este artículo 9 protege explícitamente la libertad religiosa y por tanto la diversidad cultural que la misma conlleva. Esta inclusión expresa de la “libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos” significa una diferencia importante respecto a los otros aspectos en los que cristaliza la pluralidad cultural como veremos enseguida.

Además, el artículo 2 del Protocolo Adicional extiende esta protección y garantía de la diversidad religiosa al ámbito de la educación al establecer que “El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”⁷.

La protección a la pluralidad lingüística únicamente se encuentra recogida de manera específica en algunas alusiones de diferentes artículos como los referidos a las detenciones o privaciones de libertad, o al derecho a un proceso equitativo. Así el artículo 5.2 CEDH establece que “toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su

⁷ Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Paris, 20.III.1952.

detención y de cualquier acusación formulada contra ella” y el artículo 6.3 CEDH expone en sus secciones a) y e) que “todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él y a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

Sin embargo, y extrañamente, la libertad de expresión recogida en el artículo 10 CEDH no hace ninguna referencia explícita al derecho a hacerlo en una lengua distinta de la oficial, perdiendo así una oportunidad preciosa para consagrar en el Convenio una defensa de las lenguas distintas a la mayoritaria y un reconocimiento a la pluralidad lingüística que implicaría un guiño también a la diversidad cultural. Por todo ello, esto tendrá reflejo en la actuación del TEDH respecto a las decisiones judiciales tomadas en este sentido que posteriormente comprobaremos.

Por otra parte, y siguiendo la deducción que indica Brems, a partir del derecho a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 CEDH podemos deducir incluido en el mismo una protección a las prácticas culturales minoritarias (BREMS, 2010: p. 671). Como expresa la citada autora, los miembros de las minorías culturales a través de distintos fallos del TEDH han tenido éxito en sus demandas de introducir bajo este artículo 8 un derecho a la protección de los estilos de vida minoritarios⁸.

En la misma línea de interpretación extensiva realizada por el TEDH para amparar el derecho a fomentar las diferentes culturas podemos incluir el artículo 11 CEDH que protege la libertad de reunión y de asociación, el cual ha sido utilizado como paraguas para albergar la defensa de un derecho de las minorías a formar asociaciones que promuevan su cultura (ELÓSEGUI, 2013: p. 234.), tal y como veremos más adelante cuando examinemos la jurisprudencia de varios casos desarrollada por el TEDH en los últimos años.

⁸ La autora señala (BREMS, 2010: p. 671-672) varios casos como el caso STEDH *G & E c. Noruega*, 3/10/83 y el caso STEDH *Noack et al. c. Alemania*, 25/05/05, de los cuales extrae párrafos como: “*under article 8, a minority group is, in principle, entitled to claim the right to respect for the particular life style it may lead as being ‘private life’, ‘family life’ or home*” o “*The Court reiterated the applicability of article 8 to the protection of “a minority’s way of life”*”.

En último lugar, el artículo 14 de la CEDH garantiza la no discriminación por motivos de sexo, raza, lengua, religión, origen etc. en los siguientes términos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Esta expresión final (“cualquier otra situación”) constituye una cláusula de cierre abierta, de manera que hace que la enumeración que acabamos de reproducir no sea exhaustiva y por tanto entendemos esta protección de los derechos recogidos en el CEDH de una manera amplia en la cual cabe una protección a la diversidad cultural y contra la discriminación por motivos basados en hechos culturales.

Además, el Protocolo Adicional número 12⁹ añade al CEDH una “prohibición general de la discriminación” expresándolo de la siguiente manera:

- “1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1.”

Este protocolo supone una ampliación importante en el campo de la no discriminación por motivos que fácilmente pueden estar incluidos en lo que conocemos como diversidad cultural. Únicamente consta de un artículo que vendría a completar a modo de anexo lo ya establecido en el artículo 14 de la propia CEDH. No obstante, el protocolo, que fue aprobado en el año 2000, entró en vigor en 2005 (cuando fue ratificado por los diez estados miembros que exigía el artículo 7.1 del mismo) y su ratificación es opcional por parte de los Estados Miembros (y hasta ahora ha sido más bien escasa), lo que hace que su fuerza y su alcance se vean considerablemente limitados.

Hasta aquí hemos examinado el contenido del CEDH relacionado con el reconocimiento de la diversidad cultural (entendiéndola de una manera amplia e

⁹ Protocolo n° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.2000

implícita). Si bien observamos que no existe como tal un reconocimiento explícito de un, podemos llamar, “derecho a la identidad cultural”, a continuación, vamos a ver de qué manera el TEDH sí que ha desarrollado a través de su jurisprudencia una protección de la diversidad cultural utilizando como base jurídica los artículos del CEDH que venimos de analizar.

III. Técnicas jurídicas de protección de la diversidad cultural desarrolladas por el TEDH: el concepto de discriminación indirecta

El concepto de discriminación indirecta ha sido el método ingeniado para referirse a discriminaciones que se dan cuando normas en principio justas y neutras provocan efectos no deseados que ocasionan un resultado de desigualdad. Como indica Ast, desde al menos la época de la Sociedad de Naciones (en los años 20 del siglo XX) esta noción ya estaba presente en el derecho internacional, desarrollándose posteriormente hasta ser hoy en día un concepto altamente difundido (AST, 2010: p. 90)¹⁰.

En origen, el TEDH se limitaba a casos en los cuales la discriminación era nítidamente directa, pero más recientemente ha empezado a mostrar una mayor sensibilidad por los problemas causados por la discriminación indirecta (JACKSON PREECE, 2010: p. 122). Siguiendo el esquema utilizado por Ast (AST, 2010: p. 91-105), el TEDH se ha servido del mecanismo de prohibición de discriminaciones indirectas para varios fines:

- 1- Prohibición de la discriminación indirecta como una herramienta de protección de la diversidad. El concepto de discriminación indirecta va inseparablemente unido al de igualdad real, efectiva o sustancial. Igualdad ésta que va más allá que la mera igualdad formal. En cierto modo la discriminación indirecta es inconsciente, automática, aparece sin ser tenida en cuenta, ni siquiera sospechada. Se ejerce sobre aspectos que en un principio no se

¹⁰AST, 2010: p. 90: « (...) les juges anglo-saxons et européens ont commencé à y répondre, dans les années 1970, en élaborant le concept de discrimination indirecte. Déjà présente dans le droit international public de la Société des Nations puis dans les conventions des Nations Unies interdisant les discriminations⁵, la notion de discrimination indirecte s'est développée et s'est sophistiquée sous l'impulsion des juridictions anglosaxonnes, puis du droit communautaire. Elle a pénétré depuis peu le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne révisée. »

perciben (porque si así fuese la discriminación precisamente sería directa), y en el caso que nos ocupa se ejerce siempre sobre personas que poseen alguna característica distinta de las mayoritarias, bien sea un rasgo cultural, bien una minusvalía física o un hándicap de otro tipo. Por tanto, la discriminación indirecta recaerá siempre sobre miembros de una minoría (en cuanto a que poseen un rasgo que los distingue de la masa mayoritaria, no tiene por qué ser en cuanto a miembros reconocidos de un colectivo identificado como tal), una minoría cuya existencia lo que pone de manifiesto es la existencia de una rica diversidad. Así, por ello, la prohibición de la discriminación indirecta supone un instrumento de protección de la diversidad.

2- Prohibición de la discriminación indirecta como una herramienta de detección de casos de exclusión camuflados o encubiertos. Coherentemente con su carácter de “indirecta” la discriminación así denominada afectará a casos en principio desapercibidos, neutros y justos en teoría, pero que al materializarse provocará una vulneración de la igualdad real. De este modo, estos casos a los cuales afecta la discriminación indirecta son casos ocultos, encubiertos, difíciles de detectar en un primer acercamiento. La jurisprudencia europea ha utilizado dos métodos distintos para descubrir estos casos de exclusión camuflados: el “impacto desproporcionado” (preferido por el TEDH), y el “tratamiento desfavorable” (más utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea)¹¹.

3- Prohibición de la discriminación indirecta como una herramienta de transformación social. Cuando finalmente se produce la erradicación de la discriminación indirecta, el efecto principal que acontece es el de la eliminación de

¹¹ AST, 2010: p. 97-98: « *Les juges de Luxembourg et de Strasbourg ont reconnu et appliqué deux méthodes différentes pour déterminer en quoi une mesure apparemment neutre est susceptible d'être discriminatoire. Inspirée de la doctrine américaine du disparate impact, l'approche dite de l'impact disproportionné s'attache à vérifier si une mesure a « des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes » ou si elle les « affecte [dans] une proportion nettement plus élevée ». La seconde approche, celle du traitement défavorable, consiste à identifier la mesure qui « par nature, ou intrinsèquement [est] susceptible de défavoriser les personnes appartenant à une catégorie protégée contre la discrimination ».*

A ce jour, le droit communautaire semble délaisser la méthode de l'impact disproportionné, alors que le juge de la Convention semble désormais, au contraire, la privilégier. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait admis qu'« une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter d'une situation de fait », rares sont les affaires où elle a retenu le critère du traitement défavorable. »

un factor de desigualdad y consecutivamente tiene lugar la consecución de un objetivo más ambicioso aún: cierta transformación de la sociedad. Removiendo el obstáculo que provocaba la discriminación ésta ya no se volverá a producir, por lo tanto, implementando este tipo de medidas estamos contribuyendo a la construcción de una sociedad más justa que no sólo tiene en cuenta las potenciales discriminaciones y las ataja, sino que también, en un giro mucho más perfeccionista, corrige aquellas discriminaciones que ni siquiera eran previsibles potencialmente. Esto se puede llevar a cabo de diferentes maneras: mediante la anulación o supresión de la regla discriminatoria para la minoría vulnerable, o a través de la implementación de una regla adaptada a propósito al grupo discriminado con la intención de sortear esta discriminación (*Ibid.* p. 100-105).

De este modo somos testigos de cómo el TEDH se sirve del concepto de discriminación indirecta para poder llevar a cabo una protección omnicomprensiva de la diversidad cultural. Pasamos, pues, a ver de cerca algunos de estos casos en los cuales el TEDH da respuestas que persiguen lograr una gestión de la diversidad cultural justa y sensible con el más vulnerable. Nos gustaría realizar este análisis de la manera más amplia posible que incluyese todas las manifestaciones de diversidad cultural, sin embargo, por cuestiones de extensión expuestas en este artículo, limitaremos nuestro estudio a la jurisprudencia con base en una violación del art. 9 CEDH (protección de la diversidad religiosa), dejando para un ulterior trabajo el resto de protecciones.

IV. Jurisprudencia desarrollada por el TEDH en su labor de protección de la pluralidad cultural/religiosa

Como acabamos de exponer, es en relación a este artículo 9 del CEDH dónde encontramos más producción jurisprudencial al respecto. Bien sea porque la libertad religiosa se encuentra explícita y nítidamente recogida en la letra del Convenio (y no haya que deducirla de otros derechos más genéricos como sucede implícitamente con otras protecciones que ya hemos señalado), o bien porque es sobre este asunto sobre el que más demandas recibe el TEDH en lo referente a la diversidad cultural, lo cierto es que tenemos buenos ejemplos en los que apoyar lo anteriormente expuesto. Tradicionalmente, el TEDH se ha mostrado poco dispuesto a reconocer

un “derecho al acomodo razonable” que derive del artículo 9 CEDH o del artículo 9 en combinación con el artículo 14 CEDH, pero en determinados casos se consigue un efecto similar aplicando el criterio de proporcionalidad, a través del cual se produce una adaptación de la norma en cuestión para evitar una violación de la libertad religiosa de modo que se concilie el cumplimiento del objetivo legítimo perseguido por la norma con las sensibilidades en juego¹².

Comenzamos, pues, por el que ha sido “el caso” por antonomasia en la evolución de la jurisprudencia del TEDH en el estudio de este tema, un auténtico hito trascendental en el tratamiento de la no-discriminación que resultó pionero en su formulación, y que podría suponer la piedra angular de la protección de la diversidad cultural como veremos a continuación. Nos estamos refiriendo al célebre caso Thlimmenos¹³ 8aunque no sólo se vea afectado el artículo 9 CEDH, sino que también en relación con el 14 CEDH). Procedemos a exponer resumidas las circunstancias del caso:

El señor Thlimmenos, de nacionalidad griega y cuya confesión religiosa es testigo de Jehová, fue declarado culpable de insubordinación en 1983 por un tribunal militar por haberse negado a llevar uniforme durante una época de movilización general a cuatro años de prisión de los que cumplió 2 años y un día antes de ser puesto en libertad condicional¹⁴. Posteriormente, en 1988, el señor Thlimmenos se

¹² BRIBOSIA; RINGELHEIM; RORIVE, 2010: p. 369: « (...) Elles se sont longtemps montrées peu favorables à la reconnaissance d'un « droit à l'aménagement raisonnable, que ce soit en vertu du droit à la liberté religieuse (article 9 de la Convention) pris isolément, ou de l'article 9 combiné à l'articles 14, qui interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention. Du point de vue de l'article 9, ce concept pouvait pourtant trouver un appui dans le critère de proportionnalité qui conditionne la compatibilité avec la Convention d'une mesure limitant la liberté de manifester sa religion. Aux termes de l'article 9.2, en effet, une restriction au droit à la liberté religieuse n'est licite qu'à condition d'être prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation de l'un des objectifs légitimes mentionnés dans cette disposition. La notion de « nécessité dans une société démocratique » est interprétée para la Cour comme impliquant une exigence de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but poursuivi. Or, dans plusieurs affaires, elle a considéré que le caractère proportionné d'une mesure supposait notamment que, parmi plusieurs moyens d'atteindre une finalité, les autorités optent pour le moins attentatoire aux droits et libertés. Dans cette optique, il est possible de soutenir que lorsqu'une norme, justifiée par un objectif légitime, entrave la liberté de certains individus d'observer leur religion et qu'il apparaît qu'un aménagement de cette norme permettrait d'éviter cette ingérence dans la liberté religieuse sans pour autant compromettre la réalisation du but recherché, cette deuxième solution doit être privilégiée car elle constitue le moyen le moins restrictif d'atteindre l'objectif poursuivi »

¹³ STEDH, *Thlimmenos c. Grecia*, 06/04/00.

¹⁴ *Ibid.* apartado 7.

presentó a un examen del Estado para doce plazas de auditores contables, profesión liberal en Grecia, clasificándose en segundo de los sesenta candidatos. Sin embargo, en 1989, la oficina del Director de la Cámara de auditores contables de Grecia se negó a designarle para el puesto ya que había sido declarado culpable de un delito, condición que suponía un impedimento para el acceso a la función pública¹⁵. Frente tal situación el señor Thlimmenos recurre la decisión ante las instancias competentes en su país, invocando sus derechos a la libertad de religión y a la igualdad ante la ley. Los tribunales griegos resolvieron que el rechazo a nombrarle auditor contable no estaba relacionado con sus convicciones religiosas sino con el hecho de que había cometido una infracción¹⁶.

El señor Thlimmenos acude al TEDH alegando que este rechazo a nombrarle auditor contable vulnera su derecho a la libertad de religión recogido en el artículo 9 del CEDH, ya el origen de la negativa se encuentra en una manifestación de sus convicciones religiosas por la cual se opuso a formar parte de la institución militar que le condenó, condena que determina su imposibilidad de acceder al puesto de trabajo que ganó por oposición, y que por tanto está teniendo lugar una discriminación de las descritas en el artículo 14 CEDH. El TEDH estima que el demandante está en lo cierto y falla a su favor, declarando que “la violación del derecho garantizado por el artículo 14 de no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el Convenio cuando los Estados tratan de manera diferente sin justificación objetiva y razonable a las personas que se encuentran en situaciones análogas [cuestión que ya había dictaminado en una sentencia anterior¹⁷]. Sin embargo, [y aquí es precisamente dónde se encuentra lo revolucionario de esta sentencia] considera que no es la única faceta de la prohibición de cualquier discriminación enunciada por el artículo 14. El derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación es igualmente transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones

¹⁵ *Ibid.* apartado 8.

¹⁶ *Ibid.* apartado 13.

¹⁷ STEDH, *Inze c. Austria*, 28/10/87.

sensiblemente diferentes”¹⁸. Además, el TEDH considera por otra parte que, contrariamente a las condenas por otras infracciones más graves, una condena derivada de la negativa a llevar uniforme por motivos religiosos o filosóficos no denota ninguna actitud deshonesto o bajeza moral de tal naturaleza que pudiera reducir la capacidad del interesado para ejercer esta profesión. La exclusión del demandante por no cumplir las condiciones requeridas no estaba, por tanto, justificada¹⁹. Por ello, el TEDH considera que el rechazo a tratar al demandante de manera diferente de las otras personas declaradas culpables de un delito no tenía ninguna justificación objetiva y razonable, viéndose así vulnerado el derecho a la libertad religiosa del señor Thlimmenos²⁰.

Esta resolución novedosa hace que muchos autores consideren esta sentencia un *leading case* (ELÓSEGUI, 2013: p. 216.). El caso Thlimmenos supone una exigencia a los Estados para que acomoden la norma general y maticen su rigidez original siempre y cuando existan circunstancias concretas y objetivas que así lo justifiquen. Hasta esta sentencia, el TEDH consideraba que la no-discriminación incluida en el artículo 14 CEDH únicamente se limitaba al tratamiento diferente a personas en situación similar, pero a partir de este fallo el artículo 14 CEDH cobra una nueva dimensión en la que también se considera discriminación el igual tratamiento a personas en situación diferente. El TEDH reconoce que la ley en cuestión persigue un objetivo legítimo que es el alejar de la función pública a personas deshonestas utilizando para ello un criterio objetivo y comprobable como es el haber sido condenado con anterioridad, sin embargo, en el caso que nos ocupa, el señor Thlimmenos había sido condenado sí, pero esta condena era por unos motivos claramente diferentes a los habituales, ya que su confesión religiosa le impedía realizar el servicio militar haciendo gala de su pacifismo, y evidenciando que se trata de una cuestión de conciencia. Es decir, las razones originales que

¹⁸ STEDH, *Thlimmenos c. Grecia*, 06/04/00, apartado 44.

¹⁹ *Ibid.* apartado 47.

²⁰ *Ibid.* apartado 49: “Por tanto, concluye con la violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 9.”

Ibid. apartado 53: “Teniendo en cuenta su constatación de violación del artículo 14 en relación con el artículo 9, y los motivos expuestos en el apartado 43, el Tribunal señala que no procede examinar si ha habido violación del artículo 9”

motivaban la aplicación de la ley no guardan relación con el caso en concreto, ya que del pacifismo del señor Thlimmenos no se deriva su falta de adecuación para ejercer como auditor contable.

En cualquier caso, lo relevante del caso Thlimmenos es que supone dos novedades fundamentales (BRIBOSIA; *et al.*, 2010: p. 373): amplía el alcance de la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH a las discriminaciones indirectas, y en segundo lugar, para evitar que esto ocurra, indica que los Estados pueden ser requeridos a acomodar una norma general para incluir ciertas excepciones que la hagan más justa estableciendo de este modo una experiencia muy similar a los acomodos razonables canadienses²¹. Esto no implica una derogación de la norma general, sino simplemente el establecimiento de “excepciones apropiadas” que sirvan para elaborar una “diferenciación” (RINGELHEIM, 2006: p. 329.) entre personas que se encuentran en situaciones sensiblemente distintas para así evitar perjudicarlas sin justificación objetiva ni razonable (BOSSET; FOBLETS, 2010: p. 61.).

Parece, pues, que el TEDH establece una nueva línea de entender el principio de no-discriminación consagrado en el artículo 14 CEDH de manera que muestra una mayor atención y sensibilidad a la identidad cultural. Pero esto no siempre fue así. La línea jurisprudencial de las décadas anteriores era más bien tendente a lo contrario, como demuestran los casos que pasamos a comentar a continuación expuestos en sentido cronológico.

El caso X contra Reino Unido de 12 de julio de 1978 corresponde a un demandante de confesión sij que ha sido multado en repetidas ocasiones por no usar el casco protector obligatorio por la ley británica para montar en motocicleta alegando que supone una violación de su libertad de religión protegida en el artículo 9 CEDH ya que su confesión obliga como mandato preceptivo vestir un turbante, y

²¹ Controvertida técnica jurídica prolífica en Canadá que según el glosario de términos del Informe Bouchard-Taylor (piedra angular en el estudio y tratamiento de esta técnica jurídica) se define como: “acuerdo que se inscribe en el ámbito jurídico, más concretamente en el jurisprudencial, que está destinado a relajar la aplicación de una norma o de una ley en favor de una persona o de un grupo de personas cuando sean víctimas de una discriminación prohibida por las Cartas de Derechos o se encuentren en riesgo de sufrir una de estas discriminaciones”.

BOUCHARD; TAYLOR, 2008: p. 285: «*Arrangement qui relève de la sphère juridique, plus précisément de la jurisprudence; il vise à assouplir l'application d'une norme ou d'une loi en faveur d'une personne ou d'un groupe de personnes victimes ou menacées de discrimination en raison de motifs spécifiés par la Charte*»

por tanto el uso del casco deviene incompatible con tal exigencia religiosa. En este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante la Comisión)²² decide que, de acuerdo con los límites establecidos en el artículo 9.2 TEDH, la restricción a la libertad de religión que supone el uso del casco está amparada en la protección a la salud que recoge el citado artículo²³.

De nuevo afectando a Reino Unido, pero tres años más tarde, en 1981²⁴, vuelve a tener lugar otra resolución de la Comisión teniendo esta vez como protagonista a un profesor de origen indio y confesión musulmana que solicita acomodar su horario laboral de modo que le sea posible ausentarse durante 45 minutos los viernes para poder asistir al rezo común semanal. El profesor musulmán alega violación de su libertad religiosa en base al artículo 9 CEDH y discriminación del artículo 14 CEDH en relación con sus compañeros cristianos que si están en condiciones de conciliar sus obligaciones laborales con la práctica de su fe. La resolución concluye que no existe ni violación del artículo 9 ni tampoco discriminación del artículo 14, todo ello en base a que en el momento de ser contratado no declaró en ningún momento la incompatibilidad que le producía la observancia de su fe y que posteriormente desencadenaría el conflicto²⁵, y en que la discriminación que alega no es tal puesto que se encuentra en la misma situación que el resto de confesiones minoritarias (como los judíos) y que es con estas otras con quien debe compararse y no con la religión mayoritaria²⁶. Tal razonamiento ha sido considerado por la doctrina como excesivamente formalista²⁷.

²² Hasta la entrada en vigor del Protocolo undécimo del CEDH en 1998 los particulares no podían acceder directamente al TEDH y en su lugar acudían a la citada Comisión. En algunos momentos del texto se utiliza indistintamente la Comisión y el TEDH, entiéndanse ambos como instituciones similares.

²³ STEDH, X. c. *Reino Unido*, 12/07/78.

²⁴ STEDH. X. c. *Reino Unido*, 12/03/81.

²⁵ *Ibid.* apartado 9:

²⁶ *Ibid.* apartados 27 y 28.

²⁷ BRIBOSIA; *et al.*, 2010 : p. 371: « *En considérant qu'il n'y a pas eu ingérence dans la liberté de religion de l'instituteur, la Commission fait l'économie d'un contrôle de la nécessité de la mesure dans une société démocratique. Un tel examen l'aurait conduite à vérifier si les autorités avaient des motifs légitimes de refuser d'adapter l'horaire du requérant pour éviter le conflit avec sa liberté de religion, para exemple parce qu'un tel aménagement aurait entraîné une atteinte aux droits d'autrui ou perturbé de manière excessive le fonctionnement de l'institution scolaire* ».

Ya en una fecha más cercana como 1993, en el caso S.H y otros contra Austria, el TEDH deja entrever una mayor sensibilidad a la identidad cultural como motivo de acomodación de una norma general²⁸. En este caso, los demandantes, austriacos de confesión judía, solicitan el cambio de fecha de una audiencia ante un tribunal dado el hecho de que ésta coincide con una festividad religiosa judía cuya observancia les impide acudir a la referida audiencia. La resolución de la Comisión explica que, en caso de haberse realizado la solicitud de cambio de fecha en tiempo y forma debidos, justificando motivadamente el impedimento concreto y habiendo informado de ello al tribunal en cuestión, éste debería haber buscado la manera de conciliar ambas situaciones y de acomodar la audiencia a las circunstancias de los demandantes. Desgraciadamente, éstos realizaron la petición con tiempo insuficiente y por lo tanto no se hubiera podido realizar el cambio de fecha por cuestiones técnicas.

En 1996 se dicta una sentencia con circunstancias parecidas²⁹. Esta vez es en Finlandia dónde un miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, el señor Konttinen, trabajador de los ferrocarriles estatales, solicitó a la empresa un acomodamiento de su horario en invierno para poder respetar con propiedad la festividad semanal del Sabbath (que, aunque se corresponde con el sábado, comienza con la puesta del sol del viernes todavía en horario vespertino). La empresa le deniega tal autorización a salir con antelación del trabajo el viernes por la tarde, sin embargo, el señor Konttinen sale antes del trabajo los viernes sin la debida autorización, a causa de lo cual es despedido de su trabajo. El demandante alega una violación de su derecho a la libertad religiosa del artículo 9 CEDH, dado el hecho de que su despido ha sido provocado por un conflicto irreconciliable entre sus convicciones religiosas y sus deberes laborales. También invoca violación del artículo 14 CEDH ya que considera que su despido lo discrimina frente al resto de trabajadores de la empresa. El TEDH entiende que el despido fue conforme a la ley, y que la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo sin permiso por parte de la

²⁸ STEDH, *S.H. y H.V c. Austria*, 13/01/93.

²⁹ STEDH, *Konttinen c. Finlandia*, 3/12/96.

empresa fue la causa que lo motivó³⁰. En este caso el TEDH opta de nuevo por una interpretación rígida de la norma, no reparando en los efectos no buscados e inesperados que la norma neutra aplicada sin distinción puede tener sobre personas que se encuentran en circunstancias algo diferentes.

Resoluciones similares que implican adecuación de calendarios laborales o escolares a las confesiones religiosas son invocadas en demandas posteriores tales como los casos Louise Stedman contra el Reino Unido de 1997, o Martins Casimiro y Cervera Ferreira contra Luxemburgo de 1999. En el primero de ellos³¹, la demandante, Mrs. Stedman ciudadana británica de confesión cristiana, que trabajaba en oficina de empleo ve cómo su jornada laboral es modificada para incluir también los domingos (día sagrado de descanso para su confesión) en ella. La señora Stedman se niega a firmar el nuevo contrato debido a que a su entender entra directamente en conflicto con la observancia de su fe, y como consecuencia de esta negativa es despedida. En el segundo de los casos³², los demandantes, fieles Adventistas del Séptimo Día (cuyo día sagrado de descanso es el sábado como ya hemos visto), habiendo solicitado a las autoridades escolares la exención para su hijo de asistir a las clases de los sábados y habiéndoles sido denegada esta dispensa, acuden al TEDH denunciando una violación de su libertad religiosa. Sin embargo, la corte opina que en este caso tal injerencia en la libertad religiosa se encuentra justificada en la prevalencia del derecho a la educación del hijo. En ambas sentencias, la resolución es similar a la del caso Konttinen, y por tanto la sensibilidad hacia la diversidad cultural es nula.

Sin embargo, y como hemos comprobado hace unas líneas, en 2000 la resolución del caso Thlimmenos supuso una revolución en la tendencia de todo el

³⁰ *Ibid*: “In these particular circumstances the Commission finds that the applicant was not dismissed because of his religious convictions but for having refused to respect his working hours. This refusal, even if motivated by his religious convictions, cannot as such be considered protected by Article 9 para. 1 (Art. 9-1). Nor has the applicant shown that he was pressured to change his religious views or prevented from manifesting his religion or belief.

The Commission would add that, having found his working hours to conflict with his religious convictions, the applicant was free to relinquish his post. The Commission regards this as the ultimate guarantee of his right to freedom of religion. In sum, there is no indication that the applicant's dismissal interfered with the exercise of his rights under Article 9 para. 1 (Art. 9-1)”

³¹ STEDH, *Louise Stedman c. Reino Unido*, 9/04/97.

³² STEDH, *Martins Casimiro y Cervera Ferreira c. Luxemburgo*, 27/04/99.

recorrido jurisprudencial anterior. Pero esta decisión no supone un cambio absoluto de la jurisprudencia ya que, si bien se inaugura una sensibilidad mayor hacia la diversidad cultural catalizada a través del concepto de discriminación indirecta y del principio de proporcionalidad, continúan dándose resoluciones acordes con la línea anterior reticente del TEDH, tal y como podemos observar en los casos *Cha'are Shalom ve Tsedek contra Francia* de 27 de junio de 2000, *Kosteski contra Macedonia (Antigua República Yugoslava de)* de 13 de abril de 2006, y algunos otros³³. Sin embargo, lo que aquí nos interesa es comprobar cómo, pese a estas decisiones, el avance mostrado en la sentencia del caso Thlimmenos tiene continuidad en ulteriores sentencias hasta el punto de llegar incluso a la mención expresa del concepto de acomodo razonable.

La evolución de la línea jurisprudencial iniciada por la sentencia del caso Thlimmenos se puede comprobar en sentencias como la del caso *Jordan contra Reino Unido de 4 de mayo de 2001*³⁴, en la cual se trata una posible discriminación indirecta contextualizada en el siempre sensible conflicto norirlandés. El hijo del demandante, señor Hugh Jordan católico norirlandés, murió tras ser disparado por un miembro de la RUC³⁵. Entre otras cuestiones, alega ser víctima de una violación del artículo 14 CEDH³⁶ en base a que la aplastante mayoría de víctimas mortales a manos de la RUC son varones de religión católica (hecho fundamental identitario en una situación tal como el conflicto de Irlanda del Norte), lo que demostraría un ensañamiento discriminatorio contra una minoría religiosa (incluso nacional en este contexto) de las fuerzas policiales³⁷. Pese a que el TEDH considera un indicio

³³ STEDH, *Cha'are Shalom ve Tsedek c. Francia*, 27/06/00; STEDH, *Dahlab c. Suiza*, 15/02/01; STEDH, *Phull c. Francia*, 11/01/05; STEDH, *Kosteski c. Macedonia (Antigua República Yugoslava de)*, 13/04/06; STEDH. *El Morsli c. Francia*, 04/03/08.

³⁴ STEDH, *Hugh Jordan c. el Reino Unido*, 04/05/01.

³⁵ *Royal Ulster Constabulary* o Gendarmería Real del Ulster (fueron las fuerzas policiales británicas en Irlanda del Norte desde la independencia de la República de Irlanda en 1922 hasta su disolución en 2001 como consecuencia de los Acuerdos de Viernes Santo de 1998).

³⁶ Somos conscientes de que este apartado versa únicamente de los casos relacionados con la libertad religiosa del artículo 9 CEDH, o en todo caso del artículo 9 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH, y no de los casos del artículo 14 aisladamente o en relación con otros artículos del CEDH. No obstante, consideramos importante incluirlo en este punto dado el hecho de la continuidad argumental que guarda con la línea seguida hasta este momento.

³⁷ STEDH. *Hugh Jordan c. el Reino Unido*, 04/05/01, apartado 152.

insuficiente las cifras presentadas por el señor Jordan para concluir con la existencia de una violación del artículo 14 CEDH (aunque estima una violación del artículo 2 CEDH: derecho a la vida), sí que declara, y en esta apreciación es dónde radica la importancia de esta sentencia, que una política o medida general pueda tener efectos perjudiciales desproporcionados contra un grupo particular y que esto pueda ser entendido como discriminatorio aunque en origen no fuese específicamente destinado hacia este grupo³⁸.

En el mismo sentido, encontramos sentencias posteriores³⁹ que reconocen que una medida pueda ser reconocida como discriminatoria con base a la evidencia de que sus efectos son desproporcionadamente perjudiciales hacia un grupo en particular, teniendo en cuenta que en ningún caso se había perseguido este objetivo.

El caso *Sinan Işik contra Turquía* de 2 de febrero de 2010⁴⁰ supone de nuevo el protagonismo del derecho a la libertad de religión de artículo 9 CEDH, pero en este caso aparece unido a él un fuerte matiz identitario que le da una especial relevancia a este caso. El demandante, señor Işik de nacionalidad turca y confesión religiosa aleví (una rama del chiismo), denuncia violación del mencionado artículo como consecuencia de la negativa de las autoridades turcas a su solicitud de cambiar la palabra “islam” de su carnet de identidad por la de “aleví”, fe la cual profesa y comunidad de la cual él formaba parte (y *sentía* que formaba parte), así como por la obligatoriedad de tener que declarar contra su consentimiento sobre sus creencias religiosas⁴¹. Asimismo, el demandante entiende que se ha producido también una violación del artículo 14 CEDH a causa de una discriminación fundada precisamente en su condición de aleví. El TEDH considera que si existe una violación del artículo 9 CEDH, pero la causa de ésta no se encuentra en el rechazo de las autoridades a la solicitud del demandante de incluir su fe, sino en la obligatoriedad de tener que declarar (ya sea incluso opcional) acerca de sus creencias religiosas en el carnet de identidad⁴². Y como consecuencia de todo ello,

³⁸ *Ibid.* apartado 154.

³⁹ Es interesante citar aquí casos como STEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, 06/07/05, o el caso STEDH, *Vergos c. Grecia*, 24/06/04.

⁴⁰ STEDH, *Sinan Işik c. Turquía*, 02/05/10.

⁴¹ *Ibid.* apartado 22.

⁴² *Ibid.* apartados 52 y 53.

el TEDH finalmente opta por indicar que la eliminación de la “casilla de religión” del carnet de identidad constituiría una manera apropiada de poner fin al problema, dada la incompatibilidad de esta exigencia con la libertad de religión garantizada por el artículo 9 CEDH⁴³.

En los últimos tiempos, la sensibilidad del TEDH en esta materia ha ido incrementándose de manera que en determinadas sentencias se ha ido aproximando progresivamente a posturas que cada vez se parecen más a los acomodos razonables canadienses. Los tres siguientes casos que vamos a explorar a continuación suponen, cada uno en su dimensión, pasos en una misma dirección que eventualmente (y siendo optimistas) podrían desembocar en una asunción abierta de esta técnica jurídica.

La sentencia del caso *Jakóbski contra Polonia* de 7 de diciembre de 2010⁴⁴ constituye un nuevo avance en el reconocimiento de la diversidad al reconocer y destilar de la libertad religiosa consagrada en el artículo 9 CEDH una adaptación del régimen alimenticio de un preso conforme a sus creencias religiosas. El demandante Janusz Jakóbski, nacional polaco de religión budista, encontrándose preso (y por tanto, bajo responsabilidad de las autoridades públicas polacas) solicita la adecuación de la alimentación que le proporciona la prisión a sus convicciones religiosas, lo cual implicaba una dieta de carácter vegetariano. La negativa de las autoridades a proporcionarle tal adaptación motiva la denuncia del demandante por violación del artículo 9 y del artículo 14 CEDH. Pues bien, el TEDH afirma que las prescripciones alimenticias pueden ser consideradas una expresión directa de las creencias en el sentido del artículo 9 CEDH, y que en el caso concreto que nos ocupa la decisión del demandante de solicitar una dieta vegetariana puede ser considerada como motivada o inspirada por su religión, y por tanto tal demanda no es irrazonable, pudiendo estar ésta incluida en el ámbito protegido por el artículo 9 CEDH⁴⁵. Además, el TEDH entiende que el suministro de una dieta vegetariana al

⁴³ *Ibid.* apartado 60.

⁴⁴ STEDH, *Jakóbski c. Polonia*, 07/03/11.

⁴⁵ *Ibid.* apartados 44 y 45.

demandante no supone una alteración o perturbación del funcionamiento normal de la prisión o un perjuicio a los estándares de comidas servidas a otros presos⁴⁶.

Por su parte, el caso *Sessa contra Italia* de 3 de abril de 2012⁴⁷ supone un retroceso de esta tendencia por el TEDH, ya que la resolución del TEDH estima que no se da una violación del artículo 9 CEDH (aunque por ajustada mayoría de cuatro contra tres), pero contiene unos votos particulares muy relevantes por parte de los jueces Tulkens, Popovic, y Keller dónde se enuncia como tal el acomodo razonable, lo que supone un hito en este sentido

La sentencia sobre el caso *Eweida contra Reino Unido* de 15 de enero de 2013⁴⁸ ha revolucionado el panorama anterior, y supone el colofón al cambio de tendencia que el TEDH inició con la sentencia del caso *Thlimmenos*. En la sentencia del TEDH por fin se nombra y alude explícitamente a la técnica jurisprudencial del acomodo razonable, y esta referencia no se hace en un voto particular como sucedía en la sentencia del caso *Sessa contra Italia*, sino que se realiza en la argumentación de la propia sentencia, concretamente en la parte destinada al derecho comparado relevante. Aunque aún no se exija su uso o puesta en marcha como tal en la decisión del tribunal, su mención explícita en la parte de la sentencia dedicada al derecho comparado es significativa ya que implica un aumento de la influencia que esta figura tiene en los jueces del tribunal a la hora de tomar sus decisiones en casos en los que se vea implicada la libertad religiosa y la discriminación indirecta. Antes de pasar a relatar los hechos y la decisión del tribunal hay que advertir que este caso se presenta conjuntamente con otros, así que en nuestro análisis únicamente haremos referencia a lo relativo al caso de la señora Eweida.

La demandante señora Nadia Eweida, de nacionalidad británica (aunque residente los primeros dieciocho años de su vida en Egipto) y confesión religiosa cristiana copta, denuncia ante el TEDH una violación del artículo 9 CEDH como consecuencia del rechazo de su empleador (la empresa británica British Airways) a permitirle continuar en su puesto de trabajo motivado por el lucimiento de una pequeña cruz que entraba en conflicto con el código de vestimenta corporativo.

⁴⁶ *Ibid.* apartado 52.

⁴⁷ STEDH, *Sessa c. Italia*, 24/09/12.

⁴⁸ STEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido*, 27/05/13.

Concretamente, en el año 2004 British Airways introdujo un nuevo uniforme y un código de vestimenta que incluía un apartado específico denominado “accesorios femeninos” en el cual se requería a los empleados a llevar cubierto por el uniforme cualquier accesorio o prenda de vestir que éstos estuviesen obligados a lucir por motivos religiosos⁴⁹. No obstante, se dio autorización a los hombres sijs para llevar un turbante con los colores corporativos de la empresa y para lucir la pulsera tradicional sij, así como a las mujeres musulmanas para vestir el *hijab* o velo también en colores aprobados por British Airways⁵⁰. La demandante en principio llevó la pequeña cruz oculta bajo su ropa, pero a partir del 20 de mayo de 2006 comenzó a lucirla externamente como consecuencia del cambio de vestuario: la nueva blusa tenía un diseño en pico y por tanto ahora quedaba a la vista. Al llegar al trabajo fue conminada a ocultarla bajo el uniforme, y en principio accedió, pero días más tarde nuevamente volvió a lucirla a la vista, con similar resultado. Finalmente, el 20 de septiembre de 2006 la señora Eweida se negó a esconder o a quitarse su cruz, y por ello fue enviada a casa sin sueldo hasta el momento en que decidiera cumplir con su obligación contractual con respecto al uso del código de vestimenta⁵¹.

El TEDH entiende que, en estas circunstancias, en las cuales no existe ninguna prueba de invasión a los derechos de terceros, las autoridades británicas no protegieron de manera suficiente el derecho de la señora Eweida a manifestar su religión, concluyendo por tanto que sí que se vulneró el artículo 9 CEDH.

V. Conclusiones

Tras este recorrido a través de los derechos recogidos en el CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, podemos concluir lo siguiente:

- El artículo 9 del CEDH consagra la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión. Además, el artículo 2 del Protocolo Adicional extiende esta protección y garantía de la diversidad religiosa al ámbito de la educación. La protección a la pluralidad lingüística únicamente se encuentra recogida

⁴⁹ *Ibid.* apartado 10.

⁵⁰ *Ibid.* apartado 11.

⁵¹ *Ibid.* apartado 12.

de manera específica en algunas alusiones de diferentes artículos como los referidos a las detenciones o privaciones de libertad (5.2 CEDH), o al derecho a un proceso equitativo (6.3 a) e) CEDH).

- A partir del derecho a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 CEDH podemos deducir incluido en el mismo una protección a las prácticas culturales minoritarias. Los miembros de las minorías culturales a través de distintos fallos del TEDH han tenido éxito en sus demandas de introducir bajo este artículo 8 un derecho a la protección de los estilos de vida minoritarios. En la misma línea de interpretación extensiva realizada por el TEDH para amparar el derecho a fomentar las diferentes culturas podemos incluir el artículo 11 CEDH que protege la libertad de reunión y de asociación, el cual ha sido utilizado como paraguas para albergar la defensa de un derecho de las minorías a formar asociaciones que promuevan su cultura. En último lugar, el artículo 14 de la CEDH garantiza la no discriminación por motivos de sexo, raza, lengua, religión, origen etc. Además, el Protocolo Adicional número 12 añade al CEDH una “prohibición general de la discriminación”.
- En la labor de desarrollo posterior de estos artículos que tiene lugar en el TEDH destacamos que a partir del caso Thlimmenos parece que el TEDH establece una nueva línea en la interpretación del principio de no-discriminación consagrado en el artículo 14 CEDH de manera que muestra una mayor atención y sensibilidad a la identidad cultural. Esta mayor sensibilidad quedaría corroborada en sucesivas sentencias (STEDH. Jakóbski c. Polonia, nº 18429/06, 07/12/2010 (final 07/03/2011); STEDH. Sessa c. Italia, nº 28790/08, 03/04/2012 (final 24/09/2012); STEDH. Eweida y otros c. Reino Unido, nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15/01/2013 (final 27/05/2013)) en las cuales el TEDH se ha ido aproximando progresivamente a posturas que cada vez se parecen más a la canadiense en materia de respeto, protección y garantía del derecho a la libertad religiosa, en un principio a través de la admisión de la existencia de discriminaciones indirectas en determinadas circunstancias, y posteriormente refinando este concepto uniéndolo al criterio de

proporcionalidad, e incluso haciendo alguna referencia a la jurisprudencia canadiense y estadounidense sobre la figura de los acomodos razonables. Hoy en día parece asentado que cuando la libertad religiosa se ve afectada por la aplicación de una norma general en principio neutra pero que posteriormente en la práctica produce efectos discriminatorios, se reconoce esta discriminación indirecta y se procura solucionar mediante la búsqueda de una vía que pondere los intereses y derechos en juego y que evite la vulneración del derecho de libertad religiosa recogido en el artículo 9 TEDH.

- Después de estudiar los tres últimos casos del apartado anterior, hemos comprobado como el TEDH ha ido adquiriendo una postura progresivamente más próxima al respeto, protección y garantía del derecho a la libertad religiosa, en un principio a través de la admisión de la existencia de discriminaciones indirectas en determinadas circunstancias, y posteriormente refinando este concepto uniéndolo al criterio de proporcionalidad, e incluso haciendo algún guiño a la figura de los acomodos razonables. Hoy en día parece asentado que cuando la libertad religiosa se ve afectada por la aplicación de una norma general en principio neutra pero que posteriormente en la práctica produce efectos discriminatorios, se reconoce esta discriminación indirecta y se procura solucionar mediante la búsqueda de una vía que pondere los intereses y derechos en juego y que evite la vulneración del derecho de libertad religiosa recogido en el artículo 9 TEDH: se procede a una adaptación de la norma en cuestión con el fin de impedir la violación de la libertad religiosa y de conciliar el objetivo perseguido por tal norma. Tras el análisis de estas sentencias, podemos concluir que, aunque la tendencia ha mejorado notablemente y poco a poco va aproximándose al concepto, todavía queda camino por recorrer y que sería deseable una mayor contundencia en las resoluciones del TEDH en este sentido.

VI. Bibliografía

- AST, F. (2010). *Les cadres légaux européens répondant à la diversité et au besoin de changement institutionnel. La discrimination indirecte comme outil de protection du pluralisme: enjeux et limites.* Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles, Tendances de la cohésion sociale, n° 21, Bruselas: Consejo de Europa, pp. 89-117.
- BOSSET, P. y FOBLETS, M. (2010). *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, Tendances de la cohésion sociale, n° 21, Bruselas: Consejo de Europa, pp. 37-68.
- BOUCHARD, G; TAYLOR, C. (2008) *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. (Rapport integral de la Commission de consultation sur les pratiques d'accomodement reliées aux differences culturelles).* Québec: Gouvernement du Québec
- BREMS, E. (2010). *Human rights as a framework for negotiating/protecting cultural differences: an exploration in the case-law of the European Court of Human Rights.* En FOBLETS, M-C; GAUDREAU-DESBIENS, J-F; DUNDES RENTELN, A. Cultural diversity and the law: state responses from around the world. Bruselas: Bruylant.
- BRIBOSIA, E; RINGELHEIM, J; RORIVE, I. (2010). *L'aménagement raisonnable pour motif religieux: un concept issu d'Amérique du Nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe ?* En BAYART, C; SOTTIAUX, S; VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), Actualités du droit de la lute contre la discrimination. Brujas / Bruselas: Die Keure / La Charte.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950
- ELÓSEGUI, M (2013). *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público.* Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- JACKSON PREECE, J. (2010). *Emergence de normes en matière d'accomodement raisonnable en faveur des minorités en Europe?*, Tendances de la cohésion sociale, n° 21, Bruselas: Consejo de Europa, pp. 117 - 134.
- Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Paris, 20.III.1952.

- Protocolo n° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.2000
- RINGELHEIM, J. (2006). *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruselas: Bruylant