

## EL PLURALISMO RELIGIOSO: EL MODELO CANADIENSE

Por

EUGENIA RELAÑO PASTOR

Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado  
Facultad de Derecho. Universidad Complutense-Madrid \*

SUMARIO: I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PLURALISMO RELIGIOSO EN CANADÁ: 1. *El establecimiento de las primeras confesiones religiosas. 2. El pluralismo religioso desde la Confederación hasta la Carta de Derechos y Libertades de 1982.*- II. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL CANADIENSE: 1. *El entorno constitucional canadiense y la Carta de Derechos y Libertades de 1982. 2. La libertad religiosa en la Carta de Derechos y Libertades de 1982:* 2.1. La dimensión negativa de la libertad religiosa y las minorías religiosas: A) La libertad religiosa en los días festivos y feriados y B) Las prácticas religiosas en el sistema de enseñanza pública. 2.2. La dimensión positiva de la libertad religiosa y las minorías religiosas: A) El acomodo de las prácticas religiosas y B) La financiación estatal de las escuelas religiosas.- III. EL RECONOCIMIENTO DEL MULTICULTURALISMO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA: 1. *Los antecedentes del artículo 27 de la carta de Derechos y Libertades. 2. El contenido del artículo 27 de la Carta de Derechos y Libertades:* 2.1. El principio de no-discriminación. 2.2. El valor simbólico del grupo o de la etnia. 2.3. La capacidad organizativa de la etnia. 3. *El artículo 27 en la jurisprudencia del sobre libertad religiosa.*- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

### I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PLURALISMO RELIGIOSO EN CANADÁ

Las raíces históricas de las instituciones religiosas en Canadá tienen una naturaleza cristiana y sus orígenes se explican a la luz de los acontecimientos y conflictos religiosos ocurridos en la Europa de la post-reforma. Los cristianos llegados al Nuevo Mundo, herederos de las luchas continentales, continuaron con las tradiciones y las costumbres de la herencia judeocristiana de la vieja Europa. Las diferencias de naturaleza económica-política, militar y religiosa avivaron los conflictos entre las distintas colonias establecidas desde el primer momento. Como consecuencia de los diferentes orígenes de los grupos religiosos venidos de toda Europa, los conflictos se reprodujeron de una manera análoga a la del continente.

---

\* Agradezco la ayuda, la hospitalidad y el ánimo constante del Prof. Ernesto Caparrós, profesor de la sección de Derecho civil de la Universidad de Ottawa hasta junio de este año, quien me facilitó el acceso a los temas relativos a la libertad religiosa en Canadá durante una estancia de agosto a diciembre de 1998. Me ayudó a comprender el sistema canadiense y a no dejar de apasionarme ni olvidar la evolución de estos temas desde este lado del Atlántico.

Las diferencias más notables entre protestantes y católicos se han mantenido hasta hoy en día. En opinión de algunos historiadores <sup>1</sup>, la historia política y social canadiense desde el establecimiento de la Nueva Francia hasta la época de la Carta de Derechos Fundamentales, se ha escrito al hilo de las relaciones Iglesia-Estado en Canadá <sup>2</sup>.

### **1. El establecimiento de las primeras confesiones religiosas**

Durante los primeros años de la colonización hasta 1685, las comunidades católicas y protestantes crecieron de manera simultánea en Nueva Francia. Esta colonia, oficialmente francesa desde 1663, era de mayoría católica romana. En 1627, la presencia católica se reforzó tras la expulsión de los asentamientos protestantes. Y, desde la designación del Vicario Laval como obispo de Québec en 1674, la influencia y presencia de la Iglesia Católica romana se consolidó definitivamente como religión mayoritaria y dominante. Debido al control que ejercía en la educación -escuelas, seminarios, universidades- y en las instituciones del Gobierno, algunos autores la calificaron como la "Iglesia oficial" de Québec <sup>3</sup>.

A lo largo del siglo XVIII, Francia pierde Québec a manos de los ingleses como consecuencia de los conflictos abiertos entre ingleses y franceses por el control de la Nuevo Mundo. Mediante el Tratado de París, Francia cede al Reino Unido la mayoría de sus tierras en Canadá. En esta situación, la Iglesia Católica se convirtió de hecho en

---

<sup>1</sup> Vid. M. H. OLGIVIE en *Religious Institutions and the Law in Canada*, Carswell, Ontario, (1996) pág. 26.

<sup>2</sup> Existe abundante bibliografía sobre la religión en Canadá; destacamos como los trabajos históricos más relevantes: H.H. WALSH, *The Christian Church in Canada*, Ryerson, Toronto, (1956); H.H. WALSH, *The Church in the French Era*, Ryerson, Toronto, (1966); JOHN WEBSTER GRANT, *The Church in the Canadian Era*, Ryerson, Toronto, Canada, (1972); ROBERT T. HANDY, *A History of Churches in the United States and Canada*, Oxford University Press, Oxford, (1976); M. A. NOLL, *A History of the Christianity in the United States and Canada*, Eerdmans, Grand Rapids, Michigan, EE.UU. (1992); T. MURPHY y R. PERIN, *A Concise History of Christianity*, Oxford University Press, Toronto, (1996).

<sup>3</sup> Vid. M.H. OLGIVIE, "What is a Church by Law Established?", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 28, núm. 1 (1990) pp. 179-23. Sin embargo, los precedentes históricos nos revela que aunque la Iglesia católica retuvo el derecho a practicar libremente su religión con el *Acta de Québec* en 1774, los distintos gobernadores británicos pusieron especial cuidado en evitar que la Iglesia disfrutara de derechos y privilegios que la convirtieran en una iglesia oficial. Vid. J. S. MOIR (ed.), *Church and State in Canada 1627-1867*, McClelland and Stewart Ltd. Toronto, (1967) pp. 99-103.

guardián de la identidad franco-canadiense en Québec. En el Tratado de Utrecht en 1713, se acordó que la Iglesia Católica Romana podía “mantener sus ritos y sus celebraciones, en tanto y en cuanto, le fuera permitido por las leyes del Reino Unido”<sup>4</sup>. Las relaciones, entonces, entre la Iglesia romana y los gobernadores ingleses en Québec fueron relativamente pacíficas<sup>5</sup> y el Acta de Québec de 1774, otorgada por los británicos a los canadienses franceses, otorgó la facultad total para practicar la religión católica y reconoció el sistema de propiedad, según el derecho civil francés, y el derecho a la libertad religiosa para los fieles católicos y para el clero, aunque las propiedades de las órdenes religiosas fueron confiscadas<sup>6</sup>. La protección de la libertad religiosa en el Acta de Québec era la más garantista, en aquel momento, en los territorios coloniales y en la misma Europa.

En este mismo siglo, se promovieron las corrientes migratorias a los territorios del noroeste y noreste de Québec. Congregacionistas, Baptistas y Presbiterianos se establecieron en los territorios de Nueva Escocia. Aunque el primer obispo anglicano intentó preservar la homogeneidad religiosa, tanto en Nueva Escocia, Newfoundland o en Québec, se reconoció muy pronto legalmente el pluralismo religioso<sup>7</sup>.

En otras colonias se establecieron iglesias oficiales, al tiempo que se reconoció el pluralismo religioso. En New Brunswick<sup>8</sup> se aprobó una legislación que establecía como iglesia oficial a la Iglesia de Inglaterra y aseguraba la libertad religiosa a los disidentes

---

<sup>4</sup> Artículo 14 del Tratado de Utrecht. Vid. la colección de materiales históricos en W. P. M. KENNEDY (ed.), *Studies, Treaties and Documents of the Canadian Constitution, 1713-1929*, Oxford University Press, Toronto, (1930).

<sup>5</sup> En 1766 se consagraban un nuevo obispo en Francia para Québec aunque el gobierno británico no reconocía la jurisdicción del Pontífice. Las buenas relaciones entre ellos se saldaron con el apoyo de los franceses a la Corona británica en la Revolución Americana.

<sup>6</sup> No tuvieron la misma suerte los católicos de Nueva Escocia. La Iglesia oficial protestante prohibió el derecho a practicar las creencias religiosas a los católicos, M. H. OLGIVIE, *Religious Institutions ...* op. cit. pág. 28.

<sup>7</sup> M. H. OLGIVIE, *Religious Institutions ...* op. cit pág. 29. La Iglesia Católica tuvo más problemas a la hora de disfrutar de derechos sobre la propiedad e incluso fue prohibida la enseñanza religiosa católica en 1783. Hasta 1827 los católicos no disfrutarán de plenos derechos en situación de igualdad con los protestantes.

<sup>8</sup> La colonia de New Brunswick se establece como colonia separada en 1784.

protestantes en esta colonia. Con la *British Relief Act* en 1830 se garantizaron los derechos a los súbditos de la Iglesia católica <sup>9</sup>. Idéntica trayectoria siguió la Isla del Príncipe Eduardo, fundada como colonia en 1802. Esta provincia contaba con mayor heterogeneidad religiosa que New Brunswick y la Iglesia de Inglaterra era la oficial, manteniendo un respeto legal hacia el resto de confesiones religiosas. En estas tres colonias había una Iglesia oficial, pero las leyes reconocían igualdad de derechos en materia matrimonial, derechos de propiedad y acceso a la Administración pública a todos los grupos religiosos en un plano estricto de igualdad.

La diversidad religiosa, cultural y política, resultado de las inmigraciones, y el establecimiento de los *loyalist* <sup>10</sup>, propiciaron la división de Québec en el Alto y el Bajo Québec. El Acta Constitucional de 1791 fue promulgada para asegurar los derechos de los asentamientos coloniales religiosos <sup>11</sup> y terminó por fragmentar religiosamente la región.

En el Bajo Canadá, la actual provincia de Québec, habitaban más de cien católicos repartidos en unas 118 parroquias. Los francocanadienses recibieron las garantías del derecho francés y los métodos de propiedad de la tierra francesa, el derecho al voto, a ocupar cargos políticos y a practicar su religión. Los anglicanos en menor número, amparados y sostenidos por la Iglesia de Inglaterra, rivalizaron con los católicos. A lo largo del siglo XIX, en especial en los años 20, 30 y 40, la Iglesia Católica experimentó un acercamiento a la Iglesia francesa y al Vaticano, se importaron ideas y personal de Europa y la Iglesia católica del Bajo Canadá reforzó su control en las escuelas, en la universidad y en las instituciones de caridad.

Por el contrario, la Iglesia de Inglaterra en el Alto Canadá no ejerció tanto poder en este territorio como su contrario en el Bajo Canadá. La población fue creciendo y fue imposible el establecimiento de una única confesión protestante dominante. Mientras los metodistas fueron el grupo mayoritario antes de 1812, las inmigraciones posteriores

---

<sup>9</sup> M. H. OLGIVIE, *Religious Institutions* .. cit. pág. 29.

<sup>10</sup> Vid. el artículo de J.M. BUMSTED, "Loyalist and Nationalist: An Essay on the Problem of Definition" en J.M. BUMSTED (ed.), *Interpreting Canada's past*, Toronto University Press, Canada (1986) pp.139-153.

<sup>11</sup> En concreto, se recogen en de la sección 36 a la 40. Según la sección 36, la Corona autorizará a los Gobernadores de cada colonia a apropiarse de un séptimo de las tierras para el mantenimiento y sostenimiento económico del clero protestante de la Provincia. En la sección 38, 39 y 40 se recogía la necesidad de construir casas parroquiales y rectorados de acuerdo con la Iglesia de Inglaterra. *Ibid.*

socavaron esta superioridad numérica: llegaron baptistas, congregacionalistas, moravias, menonitas, luteranos, presbiterianos y católicos. A pesar de este pluralismo religioso, el grupo de anglicanos pretendió conservar cierto monopolio, lo que provocó una enemistad generalizada hacia esta confesión en la colonia <sup>12</sup>. El Parlamento revocó las secciones 36 y 37 del Acta Constitucional de 1791 en 1840, aunque cerca de un 20% de la población estaba a favor de los privilegios a la Iglesia Anglicana. A continuación se vendieron las tierras asignadas a esta confesión y se repartieron posteriormente entre el resto de confesiones <sup>13</sup>.

A lo largo del siglo XIX, se hicieron concesiones a los protestantes disidentes y a los católicos romanos en relación con el derecho de libertad religiosa: libertad para el ejercicio de sus prácticas, el derecho a celebrar matrimonios religiosos legales, libertad para no pagar los diezmos a la Iglesia Anglicana, derecho a la objeción de conciencia a participar en los conflictos armados y derecho a poseer tierras como propietarios. Se alcanzó la plena igualdad entre todas las confesiones cuando se revocaron las secciones 38, 39 y 40 del Acta Constitucional en 1791. Sin embargo, a pesar de la equiparación constitucional, la enemistad entre todas las confesiones no desapareció <sup>14</sup>.

El Parlamento de Canadá intentó establecer un único sistema escolar nacional y secular para aglutinar ambas partes de Canadá en 1841. Sin embargo, la falta de apoyo por parte de las confesiones anglicana y católica abortó el proyecto. A partir de este momento, ambas iglesias propusieron un sistema escolar confesional y único pero permitiendo la constitución de escuelas a las confesiones minoritarias. Con este antecedente, se adelantó lo que luego sería la sección 93 de la Constitución canadiense de 1867. Durante todo este periodo, la Iglesia católica mantuvo una postura rígida, a

---

<sup>12</sup> Esta oposición se manifestaba entre todos los grupos; en especial, en la Iglesia de Escocia que aspiraba a constituirse como fuerza dominante sobre los anglicanos. En general, la población de la colonia se oponía a cualquier control exclusivo religioso. Vid. M. H. OLGIVIE, op. cit. pág. 33.

<sup>13</sup> La Iglesia Anglicana se quedó con un 42%, la Iglesia de Escocia con un 21% y el resto -un 38%- se dividió entre el resto de denominaciones, incluyéndose los católicos romanos, los metodistas y los baptistas. Ibid.

<sup>14</sup> Es más, las diferencias volvieron a resurgir con fuerza en la década de los 40 y 50 cuando tanto los protestantes disidentes como los católicos vieron aumentar su número de fieles y organizaron instituciones estables junto a sus parroquias. Los demás grupos protestantes estaban más fraccionados. Los presbiterianos no se fundieron en una sola denominación hasta 1875 y los metodistas hasta 1884. Ibid. pág. 34.

favor de un sistema escolar religioso financiado por el mismo Gobierno <sup>15</sup>, por el contrario, los protestantes demandaban un único sistema escolar secular como solución más apropiada a la realidad del pluralismo religioso <sup>16</sup>.

Salvo la excepción de la financiación pública de las escuelas, Iglesia y Estado estaban separados en el momento de la Confederación en 1867. Esto no quiere decir que la sociedad y la población fueran seculares; es más, era una sociedad completamente cristiana, como lo demuestran sus leyes civiles y las enseñanzas morales de la época. Con el desarrollo del siglo se fue consolidando la hegemonía cristiana <sup>17</sup>. A diferencia de los Estados Unidos, el 95% de la población se declaraba miembro de alguna confesión, practicaba y asistía regularmente a la iglesia. Además, el número de confesiones era menor que en los Estados Unidos y se aglutinaban en cinco grandes denominaciones: católicos romanos, anglicanos, metodistas, presbiterianos y baptistas. Si en los Estados Unidos la mayoría de las confesiones coincidían en aceptar una nación cristiana comprometida con la libertad religiosa y con un ideal cristiano, en Canadá, la dualidad católicos romanos franceses-protestantes británicos evitó el compromiso entre ambos en un ideal común, quedando claramente marcadas las diferencias desde un principio <sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Había más consenso sobre la financiación del sistema escolar básico que sobre la financiación de los *colleges* religiosos. La mayoría de estas universidades tenían una naturaleza religiosa: el Victoria College fundado por los Wesleyan Metodistas, la Universidad de Queens por la Iglesia de Escocia, el Knox College por la Iglesia Libre. Un buen estudio sobre la educación protestante en esta época es el trabajo de W. WESTFALL, *Two Worlds: The Protestant Culture of Nineteenth Century Ontario*, McGill-Queen's University Press, Kingston and Montreal, (1989).

<sup>16</sup> Esta es la opinión y la observación de D. C. MASTERS, *Protestant Church Colleges in Canada*, Toronto University Press, Toronto, (1966) y es la que suscribe M.H. OLGIVIE.

<sup>17</sup> Existen numerosos estudios sobre el papel desempeñado por la religión en los años previos a la Confederación. Entre otros, destaco: J. WEBSTER GRANT, *A Profession of Spires. Religion in Nineteenth Century Ontario*, University of Toronto Press, Toronto, (1988); M. VAN DIE, *An Evangelical Mind: Nathaniel Burwash and the Evangelical Tradition in Canada, 1839-1918*, McGill-Queen's University Press, Montreal, (1989); G. A. RAWLYK, (ed.), *The Canadian Protestant Experience 1760-1990*, Welch, Burlington, Ontario, (1990); M. GAUVREAU, *The Evangelical Century: College and Creed in English Canada from the Great Revival to the Great Depression*, McGill-Queen's University Press, Montreal, (1991) y D. B. MARSHALL, *Secularizing the Faith, Canadian Protestant Clergy and the Crisis of Belief, 1850-1940*, Toronto University Press, Toronto, (1992).

<sup>18</sup> Vid. HANDY, op. cit, pp. 258-261.

## **2. El pluralismo religioso desde la Confederación hasta la Carta de Derechos y Libertades de 1982**

A lo largo del último tercio del siglo XIX, se produce la unificación política del país desde las Provincias Marítimas hasta el Atlántico. Esta unificación llevó consigo la correlativa unificación de las denominaciones religiosas. El primer grupo religioso que se consolidó como una única Iglesia nacional fueron los presbiterianos en 1875. A ellos les siguieron los metodistas en 1884, quienes supieron reunir a los metodistas británicos y americanos en una única iglesia. Y posteriormente, en 1893, la Iglesia de Inglaterra en Canadá obtenía la autonomía del Arzobispado de Canterbury. Quedaron fuera de estas tendencias unificadoras los baptistas y los luteranos.

Después de la Confederación en 1867, comenzaron las expediciones de misioneros hacia el Oeste canadiense, y la conflictividad entre protestantes y católicos se manifestó especialmente en la provincia de Manitoba. A partir de 1850, en esta provincia la hostilidad entre ambos grupos creció y cuando Manitoba se incorporó a la Confederación se garantizó, expresamente en el Acta Constitucional de la Provincia, el derecho a la educación religiosa a protestantes y católicos<sup>19</sup>. Sin embargo, la tensión entre ambos grupos continuó puesto que la intención del Gobierno Federal era instaurar un único sistema educativo inglés en la provincia, y permitir la enseñanza de la doctrina católica sólo después del horario escolar<sup>20</sup>. Estos enfrentamientos se extendieron a las provincias de Saskatchewan y Alberta.

A lo largo del siglo XVIII, los protestantes de Canadá -salvo los anglicanos- adoptaron la doctrina de las confesiones evangelistas profundamente extendidas en los Estados Unidos. El Evangelismo influyó decisivamente en los asuntos sociales, políticos y jurídicos puesto que su credo residía principalmente en la santificación laboral como camino para la salvación y en el mejoramiento de toda la sociedad en su conjunto. Esto condujo a que fuesen los evangelistas los cabecillas de las reformas sociales y políticas y los que controlasen los contenidos de las enseñanzas en las instituciones educativas, tanto en los colegios como en las universidades<sup>21</sup>. Las doctrinas evangelistas calaron en

---

<sup>19</sup> Vid. el Acta, *Manitoba Act*(Can.), 1870, 33 Vict. c. 3, s. 22 (1870).

<sup>20</sup> El sistema escolar único en lengua inglesa fue instaurado por el Primer Ministro Laurier en 1896. Vid. H. M. OLGIVIE, *Religious Institutions*, cit. pág. 40.

<sup>21</sup> El arraigo de las convicciones evangelistas en los patrones culturales del momento se ha estudiado detenidamente en los siguientes trabajos: A. MCKILLOP, *A Disciplined Intelligence: Critical Inquiry and Canadian Thought in the Victoria Era*, McGill-Queen's University Press, Montreal, (1979); C. BERGER, *Science, God and Nature in Victorian Canada*, University of Toronto

la legislación federal y provincial, en materias como: la observancia del domingo, la prohibición del consumo de alcohol y la prohibición de las enseñanzas darwinistas en las escuelas. Este control exacerbó la hostilidad con los grupos católicos quienes vieron la legislación de corte protestante como un intento de fiscalizar las prácticas católicas.

En el primer tercio del siglo XX, se crea la Iglesia Unida del Canadá por metodistas, presbiterianos y congregacionalistas <sup>22</sup>. Las confesiones protestantes tradicionales en Canadá ven aumentar su diversidad con la llegada de numerosos grupos protestantes de los Estados Unidos: la Alianza Cristiana Misionera, la Iglesia de Nazaret, la Santa Iglesia Metodista, la Iglesia Estándar de América, la *Salvation Army* y la Iglesia Pentecostal. También se incorporan otros grupos cristianos atípicos de origen más reciente como los Testigos de Jehová, los Mormones y los Adventistas del Séptimo Día.

Por otro lado, las persecuciones religiosas en Europa del Este y central alentaron a numerosos grupos a emigrar a Canadá: judíos, menonitas, huteritas, ducobors <sup>23</sup>, ucranianos rusos y ortodoxos griegos. A pesar de la entrada de estos grupos y hasta la segunda mitad del siglo XX, la sociedad canadiense había consensuado un modelo de sociedad cristiana y, hasta los años 60, la asistencia a los servicios religiosos era más elevada que la que se registraba en Estados Unidos <sup>24</sup>.

Antes de la promulgación de la Carta de Derechos Fundamentales en 1982, todos los grupos religiosos disfrutaban por ley de la igualdad de derechos, con la salvedad de las prescripciones especiales para las escuelas católicas en Ontario y para las protestantes en Québec, consagradas en el artículo 93 de la *British North America Act* de 1867. Esto

---

Press, Toronto, (1983), R. COOK, *The Regenerators: Social Criticism in Late Victorian English Canada*, University of Toronto Press, Toronto, (1985); B. FRASER, *The Social Uplifters: Presbyterian Progressives and the Social Gospel in Canada, 1875-1915*, Waterloo Lutherans Press, Waterloo, (1988); y M. VALVERDE, *The Age of Light, Soap and Water: Moral Reform in English Canada, 1885-1925*, University of Toronto Press, Toronto, (1991).

<sup>22</sup> Los miembros de esta Iglesia, muchos de ellos sacerdotes, fueron los líderes de los movimientos obreros. Vid. los siguientes libros: K. CLIFFORD, *The Resistance to Church Union in Canada, 1904-1939*, British Columbia University Press, Vancouver, (1985) y L. MACKEY, *These Evangelical Churches of Ours*, Wood Lake Books, Vancouver, (1995).

<sup>23</sup> Para una explicación de los orígenes y el establecimiento de los menonitas, huteritas y doukhobors, vid. W. JANZEN, *Limits on Liberty: The Experience of Mennonite, Hutterite and Doukhobor Communities in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, (1990).

<sup>24</sup> M. H. OLGIVIE, *Religious Institutions ...* cit. pág. 43.

quiere decir que la influencia de los orígenes religiosos cristianos en la legislación menoscabó la protección de los derechos de otros grupos religiosos. Por ejemplo, los menonitas y los huteritas tuvieron dificultades con los juramentos a la bandera y con el servicio militar por motivos religiosos; los judíos y los Adventistas del Séptimo Día no pudieron respetar su Sabbath en distinto día al tradicional domingo; y los Testigos de Jehová sufrieron una persecución clarísima en Québec<sup>25</sup>.

El problema de la adaptación del sistema jurídico al pluralismo religioso era tan antiguo como los primeros establecimientos de Protestantes y Católicos en Nueva Francia. En el siglo pasado, el acomodo de las diferencias religiosas se realizaba mediante el ajuste de los grupos cristianos disidentes al texto de las Sagradas Escrituras. Después de la Carta de Derechos Fundamentales, el acomodo del pluralismo religioso se inspira en el principio de igualdad que recoge la Carta de Derechos Fundamentales. Por lo tanto, la necesidad del acomodo de la diversidad religiosa se desarrolla en un contexto distinto al del siglo anterior.

En 1991 el Censo Religioso de Canadá<sup>26</sup> recogía más de 92 grupos religiosos diferentes con instituciones propias. En la clasificación, 4 pertenecen al catolicismo, 56 al protestantismo, 9 a los ortodoxos del este, 11 a grupos del Este no cristianos y 11 a grupos para-religiosos. Cada uno de estos grupos tiene instituciones nacionales, provinciales y locales que se rigen por sus propias normas internas. Como la *common law* cataloga a las instituciones religiosas como asociaciones voluntarias, los tribunales delegan su organización a los mecanismos internos que ellas mismas establezcan, salvo en los casos en los que es preciso intervenir debido a irregularidades internas o a la vulneración de preceptos constitucionales<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Vid. el trabajo de W. KAPLAN, *State and Salvation. The Jehovah's Witnesses and their Fight for Civil Rights*, University of Toronto Press, Toronto, (1989).

<sup>26</sup> Vid. *Religious in Canada*, Statistic Canada, Ottawa, (1993) y *Statistics Canada's General Social Survey (GSS)* en Statistic Canada, Ottawa, (1995).

<sup>27</sup> M. H. OLGIVIE ha trabajado en varios artículos la constitución interna y el funcionamiento de las instituciones religiosas. Vid.: “The Legal Status of Ecclesiastical Corporations”, *Canadian Business Law Journal*, núm 74 pp. 15-45 (1989); “Church Property Disputes: Some Organizing Principles”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 42, pp. 377-431 (1992); “Ecclesiastical Law-Jurisdiction of Civil Courts-Governing Documents of Religions Institutions-Natural Justice: Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer”, *Canadian Bar Review*, núm. 72 pp. 238-251 (1993). En *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*(1992) (97 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 17 (S.C.C.)) el Tribunal Supremo tuvo que decidir si la expulsión de uno de los miembros de la comunidad había seguido el procedimiento correcto. El TSC tuvo en consideración la constitución interna de los huteritas, los

Por último, es preciso apuntar que al aumento de la diversidad religiosa ha acompañado una disminución del interés por lo religioso. En el censo de 1961, a la pregunta de ¿"qué religión tienes?" sólo un 1% respondía que ninguna; en 1991, este porcentaje aumenta a un 13%. El Censo de 1996 no incluye pregunta de este tipo, pero el *General Social Survey* de 1996 revela que un 14% de los canadienses mayores de 14 años no tienen afiliación religiosa.<sup>28</sup> En cuanto a la diversidad religiosa, Canadá había dividido su población tradicionalmente entre protestantes y católicos. En 1996, los católicos aglutinan a un 45% de la población adulta canadiense mientras las principales denominaciones protestantes ven disminuir el número de sus miembros de un 28% a un 20%. Las denominaciones protestantes conservadoras mantienen un 6%, mientras los grupos no cristianos como los musulmanes, hindúes, budistas y otros pequeños grupos aumentan, hasta el 3% de la población<sup>29</sup>.

---

artículos de la asociación de la colonia, las tradiciones orales y las costumbres de esta comunidad y los principios de la *common law*. También en otro caso *Pederson v. Fulton*(1994) (111 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 367 (Ont. Gen. Div.)) un tribunal inferior rehusó aceptar la apelación contra una decisión eclesiástica porque -entre otros motivos- no había agotado las instancias jerárquicas de la Iglesia católica y señaló que las cuestiones jurídicas religiosas alcanzarán los tribunales civiles sólo después de haberse pronunciado la última instancia interior de la confesión. Ésto no ocurrió en *Davies v. United Church of Canada*(1991) 92 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 678 (Ont. Gen. Div.) donde el tribunal civil recibió una apelación que no había pasado ni por el Consejo General o la Comisión Judicial de la Iglesia. En todo caso, la jurisdicción ordinaria puede revisar y revocar las decisiones que conciernen a las prácticas y los procedimientos de las instituciones religiosas. A diferencia de lo que ocurre en EE.UU donde las decisiones de los tribunales eclesiásticos han ido creando una esfera autónoma para las iglesias en virtud de la interpretación de la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda: *Jones v. Wolf*, 413 US 595 (1979). Para un estudio detallado de *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, vid. A. ESAU, "Comunal Property and Freedom of Religion: Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer" en J. McLAREH y H. COWARD (ed.), *Religious Conscience, the State and the Law, Historical Content and contemporary significance*, State University of N. Y. Press, New York (1999) pp. 97-116.

<sup>28</sup> Estos datos vienen recogidos en "Religious Observance", *Canadian Social Trends*, pp. 1-7 otoño 1998.

<sup>29</sup> Estos datos son los que arroja el catálogo 11-008-XPE de *Statistics Canada*. Para un estudio de la diversidad religiosa, vid. los trabajos de R. BIBBY: *The Bibby Report-Social Trends Canadian Style*, Stoddart Books, Toronto, Canadá (1995) y *Fragmented Gods, The Poverty and Potential of Religion in Canada*, Stoddart Publishing Co, Ltd. Toronto, (1987).

## II. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL CANADIENSE

### 1. El entorno constitucional canadiense y la Carta de Derechos y Libertades de 1982

La Ley Constitucional de 1867 es un acuerdo entre los representantes de las cuatro provincias <sup>30</sup> que llegaron a aceptar los compromisos necesarios para que el Parlamento Británico estableciera una confederación canadiense mediante la ley de 1867, *The British North America Act* <sup>31</sup>. En ella se establecen las competencias legislativas entre el Gobierno central y las provincias o territorios.

Los “Padres de la Confederación” negociaron las competencias entre la federación y estas cuatro provincias fundadoras. El problema de la religión <sup>32</sup> se abordó y negoció

---

<sup>30</sup> Las dos del Canadá: Haut Canada -Ontario- y Bas-Canada (Québec), más New Brunswick y Nova Scotia. Ellos formaron el Dominio de Canadá y poco a poco se le fueron añadiendo las otras provincias, hasta llegar a diez, más dos territorios: Manitoba (1870), Territorios del Noroeste (1870), Bristish Columbia (1871), Prince Edward Island (1873), Adjacent Territories (1880); Alberta (1905); Saskatchewan (1905), y Terranova (1949).

<sup>31</sup> *Bristish North America Act*, 1867, 30-31 Vict., c. 3 (U.K.) que tras varias modificaciones constitucionales de 1981 pasa a llamarse *Constitution Act, 1867/Loi constitutionnelle* de 1897, en la *Canada Act, 1982/Loi de 1982 sur le Canada*, Schedule I/Annexe, 1982, c. 11 (R.U./U.K.) en L.R.C. (1985) App. II n.º 44.

<sup>32</sup> El tema de la religión tocaba de lleno la distribución de competencias en el campo del derecho de familia. “Los Padres de la Confederación, para evitar los conflictos de Derecho Internacional privado en la distribución de competencias, atribuyeron al Gobierno federal la competencia exclusiva en relación con el matrimonio y el divorcio, al contrario de la Constitución Americana que la había otorgado a los Estados. De esa forma, esta competencia legislativa se convierte en una excepción a la competencia más general, atribuida a las provincias, en los campos de propiedad y derechos civiles. Los representantes de Québec, católicos, a la vez que dan su aprobación plena y entera para que el divorcio quede en manos del Gobierno federal -“cuanto más lejos, mejor”-, afirman que los protestantes pretenden suprimir el matrimonio religioso de los católicos, y se oponen a ello. A estas protestas responden los constituyentes otorgando a las provincias la competencia también exclusiva para legislar en materia de la celebración del matrimonio. Así pues, de estas negociaciones se extrae de la competencia general de las provincias, la propiedad y los derechos civiles, una primera excepción, matrimonio y divorcio, atribuida al poder federal, y de esta excepción, una segunda, la celebración del matrimonio, que vuelve a la competencia provincial: art. 91, 26 (matrimonio y divorcio); art. 92, 12 (celebración del matrimonio); art. 13 (propiedad y derechos civiles), *Constitutional Act, 1982*”, E. CAPARRÓS, “Confesionalidad y libertad de religión. Una problemática canadiense” en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.) *VIII Actas del Congreso Internacional*

especialmente, puesto que en las cuatro provincias, tanto la lengua como la religión eran los motivos de las tensiones entre mayorías y minorías. Québec (el Bas-Canada) tenía una mayoría católica y francófona, con minoría protestante y anglófona, mientras que Ontario (el Haut-Canada) tenía una mayoría anglófona y protestante, con minoría católica y francófona. Precisamente por la importancia de la cuestión religiosa no se recogió ninguna alusión al derecho de libertad religiosa, a pesar de la existencia de la Primera Enmienda Norteamérica de la *Bill of Rights*, que había sido promulgada por el Congreso en 1789 y ratificada por catorce estados en 1791. Dos razones pueden encontrarse que justifiquen esta omisión <sup>33</sup>.

La primera consiste en las palabras del Preámbulo de la *Constitution Act* de 1867 que establece que “Canadá tiene una Constitución similar a la del Reino Unido”, por tanto, los derechos y libertades relativas a religión, expresión, asamblea y reunión se regulan por la *common law*. Además, antes de la recepción de la *common law*, las colonias canadienses habían promulgado su propia legislación local sobre materias religiosas. La segunda de las razones que explica el silencio sobre el derecho de libertad religiosa en la *Constitutional Act* de 1867 es la ley que se aprobó en 1851 por el Parlamento de Canadá <sup>34</sup> que garantizaba “el libre ejercicio y disfrute de la profesión religiosa y del culto, sin discriminación ni preferencia” <sup>35</sup>. De estos dos motivos se desprende que los padres de la Confederación estimaran que la libertad religiosa estuviera local o provincialmente garantizada <sup>36</sup>.

En la *Constitutional Act* de 1867 no existe ninguna provisión específica sobre la protección de libertad religiosa aunque parte del articulado se refiere indirectamente a

---

*de Derecho Eclesiástico sobre libertad religiosa y de conciencia en el derecho comparado y español*, Comares, Granada, (1998) pp. 225-245.

<sup>33</sup> M. H. OLGIVIE, *Religious Institutions ...* cit. pág. 80.

<sup>34</sup> Lo que ahora constituye Ontario y Québec: *Act of Union*, 1840 (3 y 4 Vict. c. 35).

<sup>35</sup> *Freedom of Worship Act*, 1851 (14 y 15 Vict., c. 175). Esta legislación continúa en vigor en Ontario. *Religious Freedom Act*, RSO, 1990.

<sup>36</sup> En opinión de M. H. OLGIVIE, la naturaleza religiosa en las cuatro colonias: Nueva Escocia, New Brunwisk, Canadá del Este y Canadá del Oeste en 1867, así como, sus prácticas religiosas están ampliamente comentadas en la literatura histórica sobre Canadá, *Religious Institutions...*, cit. pág. 80. Vid. también, C. E. PHILLIPS, *The development of Education in Canada*, Gare, Toronto (1997) pág. 311 y ss.

cuestiones de carácter religioso. La sección 91 atribuye al Parlamento las competencias sobre matrimonio y divorcio <sup>37</sup>, derecho penal <sup>38</sup> y sobre “todas aquellas materias expresamente numeradas en las Clases de materias asignadas exclusivamente a los Parlamentos de las Provincias” <sup>39</sup>. Además, apunta la competencia exclusiva de las provincias en “el establecimiento, mantenimiento y gestión de los hospitales, asilos, instituciones de caridad e instituciones de formación del clero” <sup>40</sup>, celebración de matrimonios <sup>41</sup>, derechos civiles y de propiedad <sup>42</sup> y “sobre aquellas materias de naturaleza local para las Provincias” <sup>43</sup>. En el artículo 93 se recoge la competencia legislativa para las cuatro “provincias fundadoras” sobre la educación, quedando constitucionalizados los derechos sobre “las escuelas confesionales, disidentes o escuelas separadas” <sup>44</sup> que garantizaban tanto a católicos como a protestantes el control sobre el sistema escolar. Más adelante, se recogieron derechos o competencias similares en las constituciones de Manitoba <sup>45</sup>, Alberta <sup>46</sup>, Saskatchewan <sup>47</sup> y Newfoundland <sup>48</sup>.

---

<sup>37</sup> Sección 91 (26) de la *Constitutional Act, 1867*.

<sup>38</sup> Sección 91 (27) de la *Constitutional Act, 1867*.

<sup>39</sup> “Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces”, Sección 91 (29) de la *Constitutional Act 1867*.

<sup>40</sup> Sección 92 (7), *Constitutional Act, 1867*.

<sup>41</sup> Sección 92 (12), *Constitutional Act, 1867*.

<sup>42</sup> Sección 92 (13), *Constitutional Act, 1867*.

<sup>43</sup> Sección 92 (16), *Constitutional Act, 1867*.

<sup>44</sup> En la literatura canadiense se emplean los tres adjetivos para denominar a tales escuelas.

<sup>45</sup> *Manitoba Act 1870*, R.S.C. 1985, App. II, N° 8, s. 22.

<sup>46</sup> *Alberta Act 1905*, R.S.C. 1985, App. II, N° 20, s. 17.

<sup>47</sup> *Saskatchewan Act 1905*, R.S.C. 1985, App. II, N° 21, s.17.

<sup>48</sup> *Newfoundland Act 1949*, R.S.C. 1985 App. II, N° 32, Shed., Term 17.

En primer lugar, el objetivo del artículo 93 fue atribuir el control “exclusivo” provincial sobre la educación en el reparto de competencias entre los gobiernos federal y provinciales; y en segundo lugar, limitar las competencias legislativas provinciales mediante la prohibición de legislar contra los derechos adquiridos de católicos y protestantes en 1867. Este artículo no se aplica con uniformidad en todo el país. En tres provincias –Alberta, Ontario y Saskatchewan- aún se mantienen los derechos para las escuelas minoritarias separadas, bien católicas o protestantes. En Newfoundland <sup>49</sup>, a su entrada en la Confederación, se protegieron los derechos de las escuelas separadas de siete confesiones distintas y, después de las reformas legislativas recientes, han quedado ciertos derechos para estas escuelas. En Yukon, Northwest Territories y Nunavut, que no están protegidos por las garantías del artículo 93, se previeron garantías para proteger a las escuelas católicas y protestantes en las leyes sobre el gobierno de estos territorios. Y, por último, en British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island y Québec no existen hoy en día derechos garantizados constitucionalmente para las escuelas separadas <sup>50</sup>.

Como los Padres de la Confederación pactaron la Constitución de 1867 en una Ley del Parlamento británico, todas las reformas constitucionales necesitaban de la intervención legislativa del Parlamento británico. Durante años hubo negociaciones entre el Gobierno federal y los provinciales para encontrar el modo de “repatriación” <sup>51</sup> de su

---

<sup>49</sup> Más adelante se detallará la evolución y reformas del sistema público de escuelas separadas en esta provincia.

<sup>50</sup> Para un análisis detallado del artículo 93, su aplicación en las provincias y su reforma constitucional, vid. los trabajos siguientes: W. J. SMITH y W. FOSTER, “Religion and Education in Canada Part I: The Traditional Framework”, *Education and Law Journal*(1999-2000), pp. 393-425; W. J. SMITH y W. FOSTER, “Religion and Education in Canada Part III: An Analysis of Provincial Legislation”, *Education and Law Journal*(2001-2002) pp. 203-247 y W. J. SMITH y W. FOSTER, “Religion and Education in Canada Part II: An Alternative Framework for the Debate”, *Education and Law Journal*(2001-2002) pp. 1-40.

<sup>51</sup> La doctrina española suele llamar a este proceso “repatriación” de la Constitución, influidos por la preferencia francófona “rapatriement” sobre la inglesa “patriation”. En opinión de C. Chacón, es más acertado el término “patriación” porque no se puede “re”-patriar (devolver algo o alguien a su patria) lo que nunca estuvo previamente patriado. Vid. C. CHACÓN PIQUERAS, “La Carta de Derechos y Libertades canadiense: un camino hacia la diversidad provincial”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, II época, núm. 16 (1996) pp. 133-145. Para una evolución del derecho constitucional posterior a la repatriación, vid. A. RUÍZ ROBLEDO,

Constitución y así obtuviese Canadá el control definitivo sobre su ordenamiento jurídico y se librase, por lo tanto, de la dependencia del Parlamento de Westminster. A principios de los años ochenta, el Gobierno federal decidió tomar iniciativas para solicitar a la Reina de Inglaterra el retorno de la Constitución, con las medidas adecuadas para su reforma<sup>52</sup>, a la vez que se estudiaba insertar en ella una Carta de Derechos Fundamentales.

Tras la aprobación de la Ley Constitucional de 1982, que incluye la Carta de Derechos y Libertades canadiense, se otorgaba por primera vez, en Canadá, protección constitucional a una Declaración de Derechos. Por lo tanto, la Constitución canadiense en la actualidad se compone de la Ley del Canadá de 1982, de la que forma parte tanto la Ley Constitucional de 1982 (LC 1982)<sup>53</sup> como la Ley Constitucional de 1867 (la

---

*Bibliografía de derecho constitucional canadiense*, Centro de Estudios Canadienses, Universidad de La Laguna, La Laguna (1993).

<sup>52</sup> El proceso de repatriación constitucional está marcado por el silencio de la *British North America Act*, 1867 sobre su reforma. La reforma constitucional no podía llevarse a cabo sin el consentimiento del Canadá. La falta de acuerdo entre Québec y el Canadá inglés sobre la fórmula adecuada para la reforma marcó la agenda política de los años 50. Después del fracaso del primer referéndum quebequés por su independencia, el Primer Ministro canadiense Pierre Trudeau convocó a los diez Primeros Ministros provinciales para proponerles un catálogo de reformas que conformaban el “paquete” de la repatriación constitucional. La imposibilidad de llegar a un consenso (sólo Ontario y Nueva Brunswick lo apoyaron) llevó al Primer Ministro a decidir a seguir adelante con la reforma de forma unilateral. Para Québec, la propuesta federal era imposible de aceptar por cuanto no recogía ninguna de sus tradicionales demandas: derecho de veto en la revisión constitucional, no tenía en cuenta las nuevas competencias, no reconocía a la provincia como “sociedad distinta” dentro de la Federación y además, constitucionalizaba una Carta de Derechos en contradicción con las leyes quebequesas vigentes en esa fecha sobre la lengua de enseñanza escolar. A instancia de tres provincias (Manitoba, Terranova y Québec) el Tribunal Supremo se pronunció y falló que para reformar la Constitución no era legalmente necesario el consentimiento de las provincias, aunque por convención constitucional debía alcanzarse un *substantial degree appreciable*. Esta decisión del Tribunal Supremo permitió el acuerdo entre el Primer Ministro Trudeau y las nueve provincias del Canadá anglófono. Quiere esto decir que la reforma constitucional de la *British North America Act*, 1867, en que Québec había aceptado formar parte de una Federación resultado de un pacto binacional, era reformada no sólo sin su consentimiento, sino con la expresa oposición de su Asamblea Nacional. A partir de entonces, Québec quedó vinculada a una Constitución que no había aceptado y que, además, podía volver a ser reformada en el futuro afectando a sus intereses, sin necesidad de su consentimiento.

<sup>53</sup> *The Constitution Act*, 1982 que ha sido promulgada como Anexo B de la *Canada Act*, 1982.

antigua *British North America Act*, 1867). La Carta de Derechos y Libertades canadiense es la Parte Primera de la Ley Constitucional de 1982 <sup>54</sup>.

## 2. La libertad religiosa en la Carta de Derechos y Libertades de 1982

Si el Acta Constitucional de 1867 se dedicó principalmente a repartir las competencias sobre materias -directa o indirectamente- relacionadas con la religión entre las provincias y el Gobierno Federal, el Acta Constitucional de 1982 recoge explícitamente la protección del derecho de libertad religiosa junto a la protección de otras tantas libertades. En el Preámbulo del Acta se señala que “Canadá esta fundada sobre unos principios que reconocen la supremacía de Dios y del Estado de Derecho” <sup>55</sup>. Posteriormente, aparece el “derecho a la libertad de conciencia y religión” en el artículo 2(a); “la libertad de pensamiento, creencia, opinión y expresión” en el artículo 2 (b); la

---

<sup>54</sup> Existe una bibliografía muy extensa sobre la Carta de Derechos y Libertades de 1982. Entre los trabajos apunto los realizados por los constitucionalistas más destacados: P. W. HOGG, “Supremacy of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” en *Canadian Bar Review*, vol. 61 (1983) pp. 69-80; G. V. LA FOREST, “The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview” en *Canadian Bar Review* vol. 61 (1983) pp. 19-29; P. H. RUSSELL, “The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” en *Canadian Bar Review*, vol. 61 (1983) pp. 30-53; B. HOVIUS Y R. MARTIN, “The Canadian Charter of Rights and Freedoms in the Supreme Court of Canada” en *Canadian Bar Review*, vol. 61 (1983) pp. 354-376; E. R. ALEXANDER, “The Supreme Court of Canada and the Canadian Charter of Rights and Freedoms” en *University of Toronto Law Journal*, vol. 40 (1990) pp. 1-73. Por último es interesante destacar la obra-comentario de cada artículo de la Carta de que se reedita cada año por G. BEAUDOIN Y M. MENDES, *Charte Canadienne des droits et libertés*, Wilson and Lafleur Ltée, Montreal (1996).

<sup>55</sup> Este preámbulo ha generado relevantes comentarios en la doctrina: D. M. BROWN, “court and academics have treated the Preamble, especially in its reference to ‘supremacy of God’, as an embarrassment to be ignored”, “Freedom from or Freedom for? Religion as a Case Study in defining the content of Charter Rights”, *University British Columbia Law Review*, vol. 33 (2000) pág. 561; P. HOGG, “the Preamble did not seem helpful in interpreting section 2 (a)”, *Canada Act, 1982 Annotated*, Carswell, Toronto (1982) pág. 9; y W. F. PENTNEY, “It is difficult to imagine another use for it as an interpretative guide .... Its reference to ‘God’ appears to contradict the explicit words of sections in the Charter (s. 2(a) and 27)”, “Interpreting the Charter: General Principles” en G.A. BEAUDOIN y E. RATUSHNY (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (2<sup>nd</sup> ed.) Carswell (1982) pág. 9.

“libertad de reunión pacífica” en el artículo 2(c); y la “libertad de asociación” en el artículo 2 (d) <sup>56</sup>.

Además, la Carta de derechos y libertades garantiza el “derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona” <sup>57</sup> y establece “la plena igualdad de todas las personas ante la ley, sin que quepa discriminación alguna por motivos religiosos” <sup>58</sup>. En el artículo 27 se introduce el novedoso reconocimiento del multiculturalismo <sup>59</sup> y en el artículo 29 se garantiza la protección del sistema de escuelas confesionales que establecía el artículo 93 del Acta Constitucional de 1867.

Todos estos artículos están sujetos al artículo 1 de la Carta, que cumple dos funciones: por un lado, la de garantizar los derechos y libertades que la Carta contiene; y esto a la vez que reconoce su carácter no absoluto, pues “queda a reserva únicamente de los límites razonables que se establezcan por la ley, en la medida en que se puedan justificar satisfactoriamente en una sociedad libre y democrática” <sup>60</sup>.

La protección constitucional de todos estos derechos está relativizada por la presencia del artículo 33 de la Carta, conocido como la cláusula “no obstante” <sup>61</sup>, que

---

<sup>56</sup> El primer trabajo que valora las cláusulas relativas a la libertad religiosa en la Carta y la jurisprudencia anterior a la misma es de F. Onida en 1985. Vid. F. ONIDA, “Stato e religione nel nuovo ordinamento costituzionale canadese”, *Il Diritto Ecclesiástico*, vol. 1-2 (1985) pp. 37-59.

<sup>57</sup> Artículo 7.

<sup>58</sup> Artículo 15: “Toda persona es igual ante la ley y tienen igual derecho a una protección y beneficios ante la ley sin discriminación alguna, y en concreto, sin discriminación por motivos de raza, nacionalidad u origen étnico, color, religión, sexo, edad, o discapacidad física”.

<sup>59</sup> Bajo el título “Preservación de la pluralidad cultural”, el artículo 27 reza: “La Carta se interpretará de modo que sea compatible con la preservación y fomento del patrimonio cultural de signo pluralista de los canadienses”.

<sup>60</sup> Bajo el título “De los derechos y libertades en el Canadá”, el artículo 1 dice así: “La Carta de Derechos y Libertades del Canadá garantiza los derechos y libertades que en ella se enuncian, a reserva únicamente de los límites razonables que se establezcan por ley, en la medida en que se puedan justificar satisfactoriamente en una sociedad libre y democrática”.

<sup>61</sup> Este artículo reza de la siguiente manera: “*Excepción en caso de declaración expresa*: 1. Podrá el Parlamento o, en su caso, el Poder Legislativo de una provincia declarar expresamente por Ley del propio Parlamento o, en su caso, del mismo Poder Legislativo que la ley o determinado precepto de ésta surta efectos a pesar de lo dispuesto en el artículo 2 o en los artículos 7 al 15 de esta Carta; *Efectos de la excepción*: 2. Toda Ley o disposición de una Ley respecto a la cual se

permite tanto al Parlamento federal como a las Asambleas legislativas de las provincias, aprobar leyes limitando o contraviniendo parte de los derechos reconocidos en la Carta y que, de otro modo, hubieran sido invalidadas por los tribunales. De esta forma, a excepción de los derechos lingüísticos, la libertad de circulación, los derechos políticos y la igualdad sexual, el resto de derechos y libertades fundamentales pueden no sólo restringirse sino ser ignorados, cuando una ley contenga una declaración expresa de que operará “a pesar de los derechos de la Carta”. Si esta cláusula no existiera, toda limitación de un derecho necesitaría ser justificada -en virtud del artículo primero de la Carta- como legítima por cumplir con el principio de legalidad, y ser razonable y justificable en el seno de una sociedad democrática. La vigencia de la cláusula “no obstante” es quinquenal, pero puede prorrogarse al final de cada período por otros cinco años, indefinidamente. El artículo 33 de la Ley Constitucional de 1982 se revela así como un precepto singular, sin equivalente formal en el resto de constituciones democráticas occidentales, cuyos antecedentes se reducen a preceptos similares que sólo puede hallarse en la literatura jurídica canadiense <sup>62</sup>.

A continuación vamos a estudiar el significado, alcance y la jurisprudencia más relevante que ha suscitado el artículo 2 (a). Su articulado es muy simple: “Toda persona tiene garantizada la libertad de conciencia y religión”. La elaboración del alcance de este artículo ha correspondido a la doctrina <sup>63</sup> y, principalmente, a la jurisprudencia del

---

haya hecho una declaración al amparo del presente artículo tendrá los efectos que debería surtir de no ser por la disposición de la presente Carta a que se refiera esa declaración; *Límite de cinco años*: 3. Toda declaración hecha al amparo del párrafo 1 dejará de surtir efecto a los cinco años de haber entrado en vigor o, en su caso, en la fecha más temprana que se haya especificado en ella; *Nueva promulgación*: 4. El Parlamento o, en su caso el Poder Legislativo de una provincia podrá volver a formular cualquier declaración formulada al amparo del párrafo 1.

<sup>62</sup> Entre los artículos más destacados que han tratado el tema: D. J. APBESS, “Limitation on legislative override under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: a matter of balancing values”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 21, núm. 1 (1983) pp. 115-141; S. LA SELVA, “Only in Canada: Federalism, Non Obstant and The Charter” en R. D. OLLING Y M.W WESTMACOTT, *Perspectives on Canadian Federalism*, Prentice-Hall Canada Inc., Ontario (1988) pp. 77-89; T. MACKLEM, “Engaging the override” en *National Journal of Constitutional Law*, vol. 1 (1991) pp. 274-281; y P. RUSSELL, “Standing up for notwithstanding” en *Alberta Law Review*, vol. 29, núm. 1 (1991) pp. 293-309.

<sup>63</sup> Los principales estudios son: J. E. MAGNET, *Constitutional Law of Canada, Cases, Notes and Materials*, 2<sup>nd</sup> ed. Carswell Company Limited, Toronto, (1985) pp. 917-929; J. E. MAGNET, *Ibid* 5<sup>th</sup> ed. (1993) pp. 457-469; P. HOGG, “Interpretating the Charter of Rights: Generosity and Justification”

Tribunal Supremo Canadiense <sup>64</sup>. La referencia al término “conciencia” no se puede encontrar en la *Bill of Rights* canadiense de 1960, ni tampoco en la Primera Enmienda norteamericana <sup>65</sup>. En opinión de Hogg, fue diseñada para proteger a todos los cultos quasi-religiosos que no pueden ser caracterizados como “religiones” <sup>66</sup>.

A la hora de analizar el contenido y el alcance del derecho de libertad religiosa se ha distinguido entre una legislación que intencionadamente viola este derecho constitucional (*purpose*) de aquella otra que lo vulnera por los efectos que desencadena (*effect*). Tanto por una causa o por otra, una ley puede ser declarada inconstitucional. Si una ley tiene la intención de vulnerar directa o indirectamente el artículo 2 de la Carta, será innecesario proceder al análisis de los posibles efectos porque únicamente con la prueba de dicha intención la invalida como ley inconstitucional <sup>67</sup>. En cualquier caso, no pueden separarse

---

en *Osgoode Hall Law* vol. 28, núm. 4 (1990) pp. 817-838; P. MACKLEM, “Freedom of Conscience and Religion in Canada” en *University of Toronto Law Review*, vol. 42 (1984) pp. 50-81; M. L. BERLIN y W. F. PENTNEY, *Human Rights and Freedoms in Canada, Cases, Notes and Materials*, Butterworths, Toronto, (1987) pp. 6-3 a 6-45; y G. RUEBSAAT, *The First Freedom of Conscience and Religion in Canada*. 2<sup>nd</sup> ed. Conscience Canada Inc. (1989). Para un estudio de la libertad de conciencia y religión en Québec: H. BRUN, “Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Charter canadienne et québécoise: l'objection de conscience” en *Les Cahiers de Droit*, vol. 28, núm. 1 (1987) pp. 185-205.

<sup>64</sup> A partir de ahora: TSC.

<sup>65</sup> En 1960, el Parlamento federal promulgó el *Bill of Rights* canadiense que garantizaba las libertades civiles que venían siendo parte del patrimonio de la *common law* y de la tradición. Sin embargo, estos derechos no estaban constitucionalizados y el ámbito de aplicación se reducía a los derechos existentes en el momento de entrada en vigor en 1960. Vid. E. RELAÑO PASTOR, “Multiculturalismo y libertad religiosa en Canadá”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 15 (2000) pp. 63-86.

<sup>66</sup> P. HOGG, *Canada Act 1982 Annotated*, Carswell, Toronto (1982) pág. 15.

<sup>67</sup> Así lo manifiesta en *R. Contra Big M. Drug Mart Ltd (1985), 58, N.R. 81 (S.C.C.)*, a partir de ahora *Big M*: “The declaration that certain objects lie outside the legislature's power ... will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of Charter rights. It will also allow courts to dispose of case where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact” (...) “ Once the purpose has been classified as offensive, then the legislation cannot be saved by permissible effect. As a result it is unnecessary to determine whether the secular effect ... in issue is sufficient or whether a secular effect could ever be relevant, once a finding has been made that the

nítidamente la intención de los efectos<sup>68</sup>, y habrá que atender si la libertad religiosa está siendo vulnerada bien por una coerción manifiesta en la letra de la ley o por los efectos coercitivos de la ley sobre los derechos de libertad religiosa de terceros<sup>69</sup>. A partir del caso emblemático de la jurisprudencia *Big M*, la doctrina elaboró los dos derechos que emanan directamente del precepto constitucional del derecho de libertad religiosa: el derecho de libertad religiosa en sentido negativo y el derecho de libertad religiosa en sentido positivo.

Por el primero se entiende el derecho de todo ciudadano a abstenerse de toda imposición religiosa bien provenga de leyes con una intencionalidad religiosa clara, bien de leyes seculares neutrales que indirectamente suponga un menoscabo de la libertad religiosa de terceros<sup>70</sup>. Este primer aspecto negativo de la libertad religiosa es esencial

---

legislation is invalid by reason of an impermissible purpose”, 120. Por el contrario, algunos Jueces del TSC consideran que la cuestión de los efectos de la ley se antepone al estudio de la intencionalidad de la ley. En *Big M*, la Jueza Wilson señalaba que la “Carta era un documento orientado hacia los efectos en primer término porque si se adopta este enfoque la carga de la prueba es más fácil o llevadera para el que impugna la ley por inconstitucional” en *Big M*, 121. También Tarnopolsky cuando desempeñaba el cargo de Juez en *Reina v. Videoflicks Ltd.*(1984), 48 O.R. (2d) 395, Ont. C. A.. estimó que separar los efectos de la ley de la intención de que tiene la misma podía aparejar ciertas disfunciones en el análisis y alcance del artículo 2. Además apuntaba que es difícil señalar cuál es el enfoque que se ha de adoptar en primer lugar, el de la intención o el de los efectos (*Videoflicks*, 415). Para una discusión sobre el tema, vid. los siguientes trabajos: H. SCOTT FAIRLEY, “Developments in Constitutional Law: The 1984-1985 Term” en *Supreme Court Law Review*, núm.8 pp. 53-70; D. GIBSON, *The Law of the Charter: General Principles*, Carswell, Toronto, Canada (1986) pp. 52-55 y W. F. PENTNEY, “Interpreting the Charter: General Principles” en Beaudoin and Ratusht (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Carswell, Toronto, Canada (1989) pp. 21-34.

<sup>68</sup> El Juez Dickson apuntaba: “purpose and effect are clearly linked, if not indivisible”, *Big M*. en 155.

<sup>69</sup> En *Big M*., el TSC apunta: “Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free (...) Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience”, 158.

<sup>70</sup> “Freedom from conformity to religious dogma” en *Edwards Books and Art Ltd. y otros v. The Queen*, (1986), 28 C.R.R. 1 (S.C.C.). A partir de ahora, *Edwards*.

para las minorías, quienes gozan del derecho a oponerse a cualquier uniformidad religiosa proveniente de la mayoría, así como del derecho a disentir del cumplimiento de leyes neutrales con efectos perniciosos para su libertad religiosa.

La libertad religiosa en sentido positivo <sup>71</sup> garantiza que todo ciudadano o grupo religioso tiene la libertad para manifestar y practicar su libertad religiosa, siguiendo los preceptos de su conciencia o su comunidad religiosa, a menos que estas prácticas estén prohibidas por el artículo 1 de la Carta. El sentido positivo de la libertad religiosa exige al Estado que su legislación no interfiera en el desarrollo de esta libertad, ni que los efectos de ciertas leyes coarten el libre ejercicio de la libertad religiosa de los grupos en minoría.

A la luz de este doble significado de la libertad religiosa del artículo 2(a), vamos a estudiar la situación de las minorías religiosas y la jurisprudencia más relevante del TSC en relación con ellas.

## 2.1. La dimensión negativa de la libertad religiosa y las minorías religiosas

Hemos señalado en el primer epígrafe cómo a lo largo de la historia política-constitucional canadiense influye el factor religioso en la conformación de los asuntos políticos y jurídicos. De hecho, ha habido un acomodo de las creencias mayoritarias en los orígenes de las más variadas leyes, como muestra de ello, existen múltiples ejemplos en leyes referentes al robo, al asesinato, a la observancia del domingo como el día de descanso <sup>72</sup>, a las prácticas religiosas en las escuelas <sup>73</sup>, al uso de la Biblia para prestar juramento ante los tribunales <sup>74</sup>, en los preceptos constitucionales a favor de las escuelas

---

<sup>71</sup> “Freedom to express and manifest religious non-belief and the freedom to refuse to participate in religious practise”. Esta es la libertad de disentir que puede ser entendida en un sentido positivo: el derecho a disentir y en un sentido negativo: el derecho a no ser obligado a practicar unas creencias determinadas. En *Ibid.* 34-36.

<sup>72</sup> La *Lord's Day Act* fue revocada con la llegada de la Carta de Derechos de 1982.

<sup>73</sup> También fueron suprimidas tras la Carta de derechos. Los casos más emblemáticos fueron: *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)*(1989) 52 DLR (4<sup>th</sup>) 577 (Ont. C. A.) y *Elgin County: Canadian Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)*(1990) 65 DLR (4<sup>th</sup>) 1 (Ont. C.A.).

<sup>74</sup> Esta práctica obligatoria también se suprime tras la Carta de 1982. Véase una fuerte oposición a su carácter obligatorio en J. NYMAN, “Court Bible Challenge Thrown Out” , *The Toronto Star*, 23 de febrero de 1988, pág. 26. También se discute ante los tribunales la obligatoriedad de los juramentos con carácter sagrado que se presta para el acceso al sistema de funcionariado público:

religiosas disidentes (artículo 93 de la *British North America Act*) y en el Preámbulo de la *Canadian Bill of Rights* de 1960<sup>75</sup> y de la Carta de Derechos de 1982.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, Canadá se va convirtiendo en una sociedad pluralmente religiosa y dada esta pluralidad, no sólo religiosa sino también étnica, cultural y lingüística, el artículo 27 reconoce la protección constitucional de este mosaico multicultural. Y no hay duda que la pluralidad religiosa ha contribuido a consolidar el fenómeno del multiculturalismo<sup>76</sup>. En este contexto, la Carta reconoce que el derecho de libertad religiosa significa garantizar la inmunidad al individuo frente coacciones a favor de determinadas creencias. En *Big M.*, se indica y se repite en varias ocasiones que no es ni lícito, ni constitucional, obligar a comulgar con unas creencias religiosas, como tampoco es constitucional promulgar legislación con una intención claramente religiosa<sup>77</sup>.

---

*Royal Canadian Mounted Police Act, R.S. 1985, c.R-10, Sch. y Canadian Security Intelligence Service Act, R.S. 1984, c.21, Sch..*

<sup>75</sup> El *Bill of Rights* de 1960 afirma en su Preámbulo: "Canada is founded upon principles that acknowledge the supremacy of God". En opinión de I. COTLER, antes de la Carta de Derechos la separación de Iglesia-Estado no había estado reconocida por los legisladores canadienses. Sin embargo, la incorporación del artículo 93(1) mediante el artículo 29 en la Carta junto a la referencia a la supremacía de Dios en el Preámbulo de esta misma, parece indicarnos la intención precisamente opuesta de los constituyentes. I. COTLER, "Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion" en TARNOPOLSKY y BEAUDOIN (eds.) *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Carswell, Toronto, Canada (1982) pp. 123-215.

<sup>76</sup> Esta posición se encuentra en *Big M.*, donde el Tribunal apunta que "to accept that Parliament retains the right to compel universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians" *Big M.*, 109. Esta afirmación la hace el TSC después de señalar: "If I am a Jew or a Sabbatarian or a Muslim, the practice of my religion at least implies my right to work on a Sunday if I wish. It seems to me that any law purely religious in purpose, which denies me that right, must surely infringe my religious freedom", *Ibid.* 109.

<sup>77</sup> Así lo afirma el Juez Dickson: "Lo que puede aparecer como verdadero y bueno para un grupo religioso mayoritario o para el Estado que actúa de intermediario de este, no puede ser impuesto a ningún ciudadano que tenga una opinión y unas creencias contrarias. La Carta salvaguarda a las minorías religiosas de la amenaza de 'la tiranía de la mayoría' (...) En mi opinión, la garantía de la libertad de conciencia y de religión impide que el Estado obligue a practicar o evite que se practiquen determinadas creencias debido a la importancia de los sentimientos religiosos de terceros". *Ibid.* 115. También pueden encontrarse afirmaciones similares en otras sentencias: "In

Como se ha apuntado, no sólo es preciso tener en cuenta la intencionalidad coactiva de la ley<sup>78</sup> o los fines religiosos que se persigan con ella, sino también los efectos que de ésta deriven. En ocasiones, la conformidad con la ley adoptada por la mayoría es absoluta y la coerción pasa desapercibida, de modo que a los tribunales sólo les queda investigar si la ley tenía o no una intención religiosa. Sin embargo, el Estado puede establecer unos “parámetros morales mínimos”, en los que insertar leyes seculares y conformes a los cuáles se evaluará el ajuste de constitucionalidad de una ley. En tal caso, las minorías perjudicadas por una ley neutral buscarían la inconstitucionalidad basándose en los efectos perniciosos que de la misma se derivan para la libertad religiosa.

El problema de la coactividad de una ley y la sensibilidad religiosa de las minorías ha sido estudiado en la jurisprudencia canadiense. En los casos que han llegado al TSC, la dificultad ha estado en descubrir en qué momento reviste rasgos de intencionalidad religiosa una ley que ayuda, promociona o sostiene un trato a favor de una determinada confesión. Y las preguntas que genera esta dificultad son variadas: ¿cuándo estima un tribunal que la motivación de la ley es exclusivamente religiosa y, por lo tanto, inconstitucional, y cuándo tan sólo es una ley que está garantizando la libertad religiosa de un grupo religioso?, ¿qué ocurre cuando el Estado sostiene una finalidad claramente religiosa pero las justificaciones de la ley son seculares?, ¿debe el Tribunal atender a las razones de la mayoría que aprobó la ley valiéndose de motivos seculares o debería atender a la sensibilidad de las minorías que no va en consonancia con la ley que se ha promulgado? Cada una de estas cuestiones se formularon al hilo de los casos que solucionaron la problemática de la observancia del domingo como día de descanso laboral.

---

my opinion a law which compels a course of conduct, whether positive or negative, for a purely religious purpose infringes the freedom of religion”, *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, (1963) S.C.R. 551 en 661; y también por la Corte de Apelación de Alberta en *Big M.*: “Standards shall not be imposed for purely sectarian reasons” en 136.

<sup>78</sup> En algunos casos de la historia constitucional canadiense, los tribunales han prohibido las actividades religiosas de algunos grupos, por ejemplo: en *District of Kent v. Storgoff*(1962), 38 D.L.R. (2d) 362 (B.C.S.C.) una ordenanza municipal prohibía a los Dukobors entrar en la ciudad y en *Saumur v. City of Québec*(1953) 2 S.C.R. 299 se discutió la competencia de la policía local para impedir la distribución que hacían los Testigos de Jehová de propaganda en las calles. De estos dos casos se puede inferir que la prohibición del ejercicio de la libertad religiosa lleva implícita la promoción o la supremacía de otras creencias religiosas.

## A) La libertad religiosa en los días festivos o feriados

### 1. *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*

Este es el primer caso que alcanzó el TSC en relación con la libertad religiosa del artículo 2(a). Se discutía la constitucionalidad de la *Lord's Day Act* que prohibía toda actividad comercial en el Día del Señor, esto es, el domingo.

Una tienda que fue acusada de contravenir la ley impugnó la validez de ésta y la vulneración del derecho de libertad religiosa que garantiza la Carta de 1982. Si la finalidad de la *Lord's Day Act* era religiosa se estaba violando la libertad religiosa de todos aquellos que estaban obligados a guardar otro día distinto al domingo como festivo religioso <sup>79</sup>. El razonamiento jurídico tomó en consideración tres cuestiones: 1) la caracterización inicial que se dio a ley en el momento de promulgarla; 2) la caracterización constitucional que se daría en el día de hoy; 3) la comparación entre la intención religiosa que lleva la ley y los efectos que desencadena.

Aunque la ley tenía una explicación de índole religiosa <sup>80</sup>, la justificación posterior era meramente secular, como afirma el Juez Dickson, “no es posible sostener que la *Lord's Day Act* tiene una intención claramente secular” <sup>81</sup>. Si se atiende a la coerción que ejerce esta *Lord's Day Act*, se comprueba que pese a prescribir la “no acción, frente a la acción” <sup>82</sup>, su articulado es una “orden directa a conformarse según los preceptos de una religión

---

<sup>79</sup> *Big M.* (1985), 58, N.R. 81 (S.C.C.) en 136.

<sup>80</sup> En el razonamiento jurídico de la sentencia *Big M.*, se explicaron los antecedentes históricos del Acta -la *Sunday Observance Act de 1677*- y la mayoría concluyó que “primary object of this prototypical legislation was clearly religious rather than secular” en, *Big M.*, 98. Vid. F. ONIDA, op.cit. pp. 45-46.

<sup>81</sup> *Big M.*, (1985), 58, N.R. 81 (S.C.C.) en 105. En la Corte de Apelación de Alberta, el Juez Laycraft, hablando por la mayoría, apuntaba: “In these cases and in others appear a number of judicial pronouncements confirming the religious basis of the Lord's Day Act, and confirming that the purposes of the act is one of morality -to enforce the concept of the Christian Sunday ... The Act itself confirms this purpose by its title, by references within it to 'the Lord's Day' and by the provision in section 11 (a) that 'any necessary or customary work in connection with divine worship' shall be deemed to be 'work of necessity or mercy'. The religious purpose of the Lord's Day Act is, in my view, beyond doubt” en 134-135.

<sup>82</sup> *Big M.*, (1985), 58 N.R. 81 (S.C.C.),115.

particular, bajo pena de sanción en caso de contravención”<sup>83</sup>, por lo tanto, la ley violaba el artículo 2(a) al hacer uso de las sanciones penales a su disposición en caso de contravención<sup>84</sup>.

## 2. *Edwards Books and Art. Ltd. v. The Queen*<sup>85</sup>

Después de *Big M.*, la cuestión sobre la apertura o no de los establecimientos en domingo se complica. Las provincias, en virtud de la competencia para legislar sobre derechos civiles y de propiedad, garantizada en el artículo 92 (13) del Acta Constitucional de 1867, legislan sobre el “día de descanso común” para todos los trabajadores. Estas leyes no tienen ninguna intención religiosa.

En *Edwards*, el TSC llegó a la importante conclusión que leyes con intención claramente seculares, leyes neutrales, podían vulnerar el derecho de libertad religiosa si sus efectos claramente interferían de un modo sustantivo en el derecho de libertad religiosa de terceros.<sup>86</sup>

Aunque el Tribunal señaló que no todas las cargas sobre el derecho de libertad religiosa constituían una violación de ésta, el enfoque sobre los llamados “efectos adversos” cobra protagonismo, de modo que se extiende el control constitucional a numerosas situaciones que demandan una exención a la ley general y un acomodo razonable.

En *Edwards* se impugnaba la *Ontario's Retail Business Holidays Act*. El artículo 2 de esta ley prescribía que todos los negocios de venta al por menor habían de cerrar los

---

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Los directamente perjudicados eran los creyentes de religiones no-cristianas: “The Lord's Day Act works a form of coercion inimical to the spirit of the Charter and the dignity of all non-Christian faith, the Act creates a climate hostile to, and gives the appearance of discrimination against, non-Christian Canadians. It takes religious values rooted in Christian morality and, using the force of the state, translates them into positive law binding on believers and non-believers alike”, *Big M.*, 108.

<sup>85</sup> *Edwards Books and Art Ltd. v. The Queen*(1986) 2 S.C.R. 713, 35 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1.

<sup>86</sup> En palabras del Juez Dickson: “La Constitución protege a los individuos y a los grupos cuando sus creencias o conductas religiosas puedan estar razonablemente amenazadas. Para que el coste o la carga impuesta por el Estado sea declarada inconstitucional por el artículo 2(a) debe interferir en las creencias o prácticas religiosas. Cualquier acción administrativa o legislativa que aumente el costo del ejercicio de las prácticas religiosas no estará prohibida si el coste es trivial o insustancial”,Ibid. 32.

domingos aunque recogía una exención para cerrar los viernes y los sábados tarde si el establecimiento era inferior a cinco mil pies cuadrados y contaba con un número inferior a ocho empleados. Aquellos que solicitaban la exención del cierre dominical, argumentaban que la ley violaba el artículo 2 de la Carta porque protegía a los que observaban el domingo de una posible competencia. Por el contrario, aquellos miembros de otras religiones minoritarias que cerraban otro día de la semana, además del domingo, estaban obligados a asumir un coste doble para practicar sus creencias religiosas <sup>87</sup>.

Con estos argumentos, el caso alcanzó el TSC que estimó la violación de “los derechos de competencia de aquellos vendedores que practicaban el Sabbath frente a los que observaban el domingo” <sup>88</sup>. El Juez Dickson, por la mayoría, afirmó que todos los impedimentos que dificultan el ejercicio del derecho de libertad religiosa debían ser suprimidos pero el Estado no tiene ni el deber, ni la obligación de desarrollar acciones positivas para evitar los costes de las preferencias religiosas particulares a los ciudadanos. El tema central de discusión sobre el que giró la opinión mayoritaria del TSC fue la equiparación y la igualdad entre las distintas religiones.

Este enfoque mayoritario fue rechazado por el Juez Beetz y por McIntyre, concurrente con el mismo. En primer lugar, consideraron inapropiado entrar a considerar el artículo 15 de la Carta que aún no estaba en vigor. Y en segundo lugar, estimaron que no existía vulneración del derecho de libertad religiosa porque la opción de escoger otro día para cerrar distinto al domingo era resultado de una elección religiosa individual y no provenía de ninguna imposición estatal <sup>89</sup>. Para el Juez Beetz, el hecho que el cierre semanal esté establecido en domingo no tiene relevancia. El coste de cerrar en cualquier otro día lo debe asumir el creyente y no el Estado. Desde el punto de vista de la maximización de la libertad, el derecho a ejercer la libertad religiosa significa garantizar el mayor espacio para desarrollarla fuera del control del Estado. Por lo tanto, el ciudadano que elige cerrar

---

<sup>87</sup> Vid. el análisis de los *Sunday Closing Laws* en el artículo de K. SWINTON, “Freedom of Religion” en G. BEAUDOIN Y P. MENDES, *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, Montreal (3ª ed.), Wilson and Lafleur, pp. 141-168.

<sup>88</sup> Ibid. 39.

<sup>89</sup> *Edwards*, 56-58. De hecho, donde no existiesen leyes que regulasen el domingo, los que observaran el domingo estarían en desventaja frente a los no creyentes. En este caso, si el Estado obligase a cerrar en otro día -por ejemplo, el lunes- el creyente de domingo tendría que cerrar dos días. Este es el argumento de A. PETTER, “Not: ‘Never on Sunday’: R. v. Videoflicks Ltd. et al.” *Saskatchewan Law Review*, núm. 29 (1984-1985) pp. 96-123.

en domingo lo hace siguiendo una opción personal y no por obligación del Estado. En su opinión, de este modo queda perfectamente garantizado el derecho de libertad religiosa<sup>90</sup>.

A este razonamiento contesta Swinton<sup>91</sup> que este análisis de la libertad es bastante abstracto porque ignora el contexto en el que se está ejercitando el derecho de libertad religiosa. Ignora, en concreto, que la elección del domingo como día festivo tiene unos orígenes religiosos, incluso si se acepta que sus raíces hoy en día son seculares; por lo tanto, si se deja intacta la legislación sobre la observancia del domingo, los espacios de “libertad” de que disponen las distintas confesiones serían claramente distintos a favor de la opción mayoritaria.

Desde este punto de vista, el razonamiento sobre la jerarquía de religiones en *Edwards* coincide con el de *Big M*. Sin embargo, parte del TSC analizó el caso desde la perspectiva del artículo 1 de la Carta, estudiando los criterios que una ley que limita los derechos debe satisfacer para ser legítima según el análisis descrito en *Oakes*<sup>92</sup>. El Juez Dickson junto a los Jueces Chouinard y Le Dain señalaron que las leyes de observancia del domingo debían contener exenciones para los miembros de minorías religiosas<sup>93</sup>. Si hay que decidir entre la protección de los trabajadores vulnerables

---

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> K. SWINTON, op. cit, pág. 151.

<sup>92</sup> En 1986, en la resolución del caso *La Reina contra Oakes*(1986) 24 C.C.C. (3<sup>rd</sup>) 321, 26 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 200, (1986) 1 S.C.R. 103, el Juez Dickson redactó uno de los veredictos más brillantes y citados del TSC que daba dibujo final al funcionamiento de la cláusula limitativa general del artículo 1 de la Carta. En primer lugar, debía perseguir un objetivo lo suficientemente importante como para restringir un derecho; es decir, la ley podrá restringir los derechos y libertades reconocidas en la Carta “cuando concurren circunstancias que provoquen que el ejercicio de los derechos resulte perjudicial para la consecución de objetivos colectivos de importancia fundamental”. Y en segundo lugar, que los medios que use la ley para perseguir dichos objetivos sean proporcionales al mismo.

<sup>93</sup> La Jueza Wilson, en su opinión disidente, rechazó los argumentos sobre las medidas y la capacidad de los establecimientos como requisitos para la concesión de la exención. En su opinión, la postura mayoritaria del Tribunal que no aportaba argumentos suficientes para sostener la diferencia de trato entre los pequeños y los grandes comerciantes y, en consecuencia, tampoco justificaba la diferente protección de la libertad religiosa atendiendo exclusivamente al tamaño del negocio no se tenía en pie. En su opinión, todos los miembros de las minorías tienen el derecho a una exención y a un acomodo de sus prácticas religiosas.

mediante un acuerdo sobre un día de descanso semanal frente a la protección de los intereses de los miembros de las minorías religiosas que regentan establecimientos de proporciones mayores exigidas en la ley, el resultado sería a favor de los primeros bienes.

Radicalmente opuestas fueron las razones que esgrimió el Juez La Forest para sostener la constitucionalidad de las leyes del cierre obligatorio los domingos y oponerse a las exenciones a estas leyes por motivos religiosos. Sus razonamientos se basaron en el peligro de la versatilidad del tratamiento jurídico que recibe este tema tanto en los tribunales como en las legislaturas provinciales, propiciando como resultado una gran inseguridad jurídica <sup>94</sup>. Ante la imprevisibilidad de llegar a un trato jurídico uniforme, es más seguro establecer un día de descanso semanal obligatorio sin excepciones.

Con *Edwards* no se acaban los litigios sobre esta cuestión, pero queda establecido el marco jurídico para afrontar este problema: cualquier violación de la libertad religiosa causada por las leyes de cierre obligatorio en domingos exige que se conceda una exención a las leyes que repare la violación causada <sup>95</sup>. El siguiente caso relevante después de *Edwards* tuvo lugar en el Tribunal de Apelación de Ontario en relación con la legislación que se había reformado en *Edwards*.

En *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* <sup>96</sup> se discutió la versión reformada del Acta *Retail Business Holidays Act*, después de *Edwards*, que permitía la apertura en domingo de los establecimientos cuyos propietarios cerraban por motivos religiosos otro día de la semana. Los vendedores demandantes solicitaban la desaparición de la obligación de cierre en otros días, tales como: el día de Año Nuevo, Viernes Santo, Día de Navidad y el 26 de diciembre.

Si en *Edwards*, se usó el lenguaje del principio de igualdad, en este caso el Tribunal se centra en la idea de la coerción: mientras no se demuestre una vulneración sería de

---

<sup>94</sup> *Edwards*, 66-67.

<sup>95</sup> Esta postura es la mantenida en casos posteriores en los Tribunales de Apelación de algunas provincias: en *R. v. Westfair Foods Ltd. (1989)*, 65 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 56 (Sask. C.A.), se concedió una exención del cierre dominical a los judíos que litigaban para conseguir que se respetase el Sabbath y en *R. v. Canada Safeway Ltd.*, (1989) 5 W.W.R. 122 (B.C.A.) se revocó una regulación que no recogía un acomodo suficiente para los creyentes que respetaban el sábado.

<sup>96</sup> *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. (1991)*, 78 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 333 (Ont. C. A.) subió en apelación al TSC pero no fue admitida a trámite 11. C.R.R. (2d.) 383n. Para un análisis de la sentencia, vid.: I. IVANKOVIC, "Case Comment: *Peel v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada et Al.*" en *Alberta Law Review* vol. 29, núm. 3 (1991) pp. 724-738.

las creencias religiosas de terceros, el cierre de los negocios en Viernes Santo o el día de Navidad no viola del derecho de libertad religiosa.

Siguiendo un análisis desde el principio de igualdad se observa que aunque el Viernes Santo o el día de Navidad hayan adquirido un enfoque secular, continúan portando un significado religioso que sitúan a las confesiones cristianas en una posición especial con respecto al resto de las confesiones. Los judíos o los musulmanes no cuentan con sus homólogos a estos dos días festivos en el calendario. La desventaja en la que se sitúan el resto de las confesiones bastaría para afirmar una posible violación del principio de igualdad religiosa. Sin embargo, si el análisis se fundamenta en la posible coerción de la libertad religiosa de terceros, haría falta demostrar la vulneración efectiva del derecho de libertad religiosa; es decir, demostrar que la coacción sobre las creencias religiosas de terceros no es superficial sino sustantiva.

Este segundo enfoque me parece más acertado. En un principio, desde el análisis del estricto principio de igualdad, confesiones religiosas que no disfrutaban de las mismas prerrogativas por ley que otras confesiones podrían impugnar la constitucionalidad de esta legislación. Sin embargo, en mi opinión, es más adecuado prestar atención a los efectos que provoca la legislación en la libertad religiosa de terceros que declarar inconstitucional una ley sin una intencionalidad religiosa clara aunque sus orígenes hayan podido ser claramente religiosos. La sociedad occidental ha construido sus fundamentos morales desde la tradición judeocristiana <sup>97</sup>. Comenzar un proceso de desautorización de la legislación promulgada bajo esta influencia podría llevar a un verdadero “caos” <sup>98</sup>. Como apunta el Juez Dickson en *Edwards*, “la caracterización de la

---

<sup>97</sup> Las leyes de Canadá, como las de Estados Unidos o la de otros países occidentales, reflejan determinados códigos morales mayoritarios. Como apuntamos en el primer epígrafe, las leyes canadienses recibieron un fuerte influjo de la religión evangelista que dominó la moral pública a lo largo del siglo XIX y XX.. Como apunta N. MACCORMICK en un estupendo trabajo: “The interest protected from invasion by criminal laws are interests legitimated by a given conception of a just social order (...) Hence, naturally, the laws which are justified by the harm principle on a given interpretation of 'harm' or respect do indeed coincide with widely held precepts against 'harmful' or disrespectful behaviour. But they do not merely coincide; the criminal law in son far as it is concerned with fending off harmful behaviour is necessarily geared to protection of what are legitimate interest according to a certain dominant political morality -the 'ideology' which ... enjoys 'hegemony' within a given polity” en *Legal Right and Social Democray: Essays in Legal and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, EE.UU. (1982) pág. 30.

<sup>98</sup> Esta es la idea de D. ZIMMERMAN, “To Walk a Crooked Path: Separating Law and Religion in the Secular State”, *William and Mary Law Review*, vol. 27 (1986) pp. 1095-1105.

intención de una ley no puede reducirse a la caracterización de unos hechos históricos de los que la nación no puede escapar”<sup>99</sup>.

Por lo tanto, cuando en 1970 se promulga la *Retail Bussiness Holidays Act* para regular el descanso semanal, la motivación tenía una connotación mucho más secular que cuando se pasó décadas atrás la *Lord's Day Act*. Y hoy en día, el domingo ha perdido todo el significado religioso para el sector servicios puesto que, de hecho, es el día de compras por excelencia. Si se mantuviera la obligatoriedad del descanso dominical, habría que estar más atentos a los efectos dañinos provocados en la libertad religiosa de terceros que a los orígenes religiosos de esta legislación.

Por último, es preciso apuntar que aunque en *Big M.* se indica y se repite en varias ocasiones que no es ni lícito, ni constitucional obligar a comulgar con unas creencias religiosas, como tampoco es constitucional promulgar legislación con una intención claramente religiosa, el derecho de libertad religiosa del artículo 2 de la Carta ha sido reinterpretado extensivamente para permitir que el Estado ayude positivamente al desarrollo de la libertad religiosa. Es más, en el *Big M.*, se dejó abierta también la cuestión si el Estado debía o no ayudar a “lo religioso”. El Juez Dickson apuntó: “A partir de ahora, en siguientes casos, se decidirá hasta dónde permite la Carta de Derechos al Estado ayudar financieramente a una religión o conceder un trato específico a determinadas religiones”<sup>100</sup>. Cualquier legislación que favorezca y apoye a una religión, mientras no sea coactiva sobre los derechos de libertad religiosa de terceros, es compatible con el artículo 2 (a) de la Carta. En *Big M.*, vuelve a repetir que “la aceptabilidad de una legislación o de una acción estatal que pueda ser caracterizada como una ayuda estatal a favor la religión o de las actividades religiosas se valorará y determinará caso por caso”<sup>101</sup>. En un conocido contencioso posterior sobre las prácticas religiosas en las escuelas, *Zylberberg*<sup>102</sup> se completó esta polémica. El Tribunal apuntó que “la ausencia de una cláusula de establecimiento como la americana en el artículo 2

---

<sup>99</sup> *Edwards*, p. 22. También en otro caso que alcanzó el Tribunal de Apelación de Newfoundland, la *Reina v. Peddle and Rice*(1986), 61 Nfld. and P.E.I.R., 58 (Nfld. S. C.), en su opinión mayoritaria afirmó que “la Carta de Derechos no pretendía erradicar las influencias en la sociedad que emanan de la propia historia social, cultural y religiosa” en la opinión mayoritaria p. 15.

<sup>100</sup> *Big M.*, (1985), 58 N.R. 81 (S.C.C.) 110.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Re Zylberberg y otros v. Director de Education of Sudbury Board of Education*(1986), 55 O.R. (2d) 641 (C.A.).

(a) no debe limitar la protección que merece la libertad de conciencia y religión”<sup>103</sup> (...) “sólo los efectos de las prácticas que promueve el Estado es lo que hace que la religión tenga o no relevancia (...) la sección 2 (a) no prohíbe toda ayuda estatal a la religión *per se*”<sup>104</sup>.

Concluyendo, el aspecto negativo de la libertad religiosa exige al Estado que se abstenga de cualquier coacción sobre las creencias religiosas de sus ciudadanos. Para evaluar el nivel de coacción se atenderá principalmente a los efectos de las leyes que coarten el desarrollo de la libertad de religión y creencias. Además, se estudiarán los efectos de las leyes seculares neutrales sobre el derecho de libertad religiosa de las minorías. En la sentencia que decidió *Zylberberg*, se especifican y desarrollan las ideas que hasta aquí se han expuesto.

#### B) Las prácticas religiosas en el sistema de enseñanza pública

Para nuestro análisis *Zylberberg*<sup>105</sup> representa la combinación de los tres artículos de la Carta que venimos desarrollando. Se impugnaba la validez de una ley que exigía a los colegios públicos comenzar la jornada escolar recitando oraciones o leyendo pasajes de la Biblia. Los padres de cinco estudiantes de primaria vieron menoscabado su derecho de libertad religiosa y el derecho a la igualdad del art.15. El Tribunal de Apelación de Ontario invalidó la ley, en ningún caso justificable al amparo del artículo 1, como lesión del art. 2. El derecho de libertad religiosa había sido vulnerado porque el ejercicio de estas prácticas resultaba coercitivo para el estudiante que disintía de la religión mayoritaria. Garantizar una exención al reglamento para estos estudiantes, permitiéndoles su ausencia durante el transcurso de dichas prácticas, podría

---

<sup>103</sup> Ibid. 679. También en *Big M.*, el Juez Dickson apunta: “ the applicability of the Charter guarantees of freedom of conscience and religion does not depend on the presence or absence of an 'anti-establishment principle' in the Canadian Constitution, a principle which can only further obfuscate and already difficult area of law”, en 110.

<sup>104</sup> Ibid. 678.

<sup>105</sup> *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)*(1989), 52 D.L.R. (4th) 577 (Ont.C.A.). Tanto las conclusiones de este caso como el razonamiento jurídico se mantendrán en casos posteriores, vid: *Russow v. British Columbia (Attorney General)*(1989), 62 D. L.R. (4th) 98, (1989) 4 W.W.R. 186 (B.S.C.), *Manitoba Assn. for Rights and Liberties Inc. v. Manitoba*(1992), 94 D.L.R. (4th) 678, (1992) 5 W.W.R. 749 (Man. Q. B.) y *Fancy v. Saskatoon School Div. No. 13*(1999), 35 C.H.R.R. D/9 (Sask. Bd. of Inq).

estigmatizar o estereotipar a los estudiantes como “disidentes”<sup>106</sup>. El caso adquiere relevancia porque plantea la cuestión del acomodo, demandado por los padres o por los estudiantes, desde dos enfoques: o bien se solicita el “opt out”, es decir, la exclusión del sistema general, o bien, el “opt in” cuando se demanda participar en unas prácticas determinadas. La mayoría del Tribunal de Apelación de Ontario consideró que la legislación ignoraba los sentimientos de los estudiantes y no prestaba atención al mandato del artículo 27 que exigía acomodar la naturaleza multicultural de la sociedad canadiense, por tanto, “denigraba la libertad de conciencia y de religión de las minorías (...) lo cual no era asunto insustancial o trivial”<sup>107</sup>. En todo caso, no todas las prácticas deberían prohibirse. Aquellas que reflejaran una extensa diversidad de perspectivas filosóficas y religiosas y se mantuvieran en el espíritu del art. 27 serían constitucionalmente aceptables<sup>108</sup>.

De manera semejante, en *Elgin County*<sup>109</sup> -otro caso ante el Tribunal de Apelación de Ontario- un grupo de padres recurrió un reglamento escolar que establecía instrucción de

---

<sup>106</sup> “The exemption provision imposes a penalty on pupils from religious minorities who utilize it by stigmatizing them as non-conformist and setting them apart from their fellow students who are member of a dominant religion”, *Zylberberg*, *Ibid.* pág. 562. También se repiten las mismas consideraciones en la exposición del caso *Elgin County: Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)*(1990), 65 D.L.R. (4th) 1 (Ont.C.A.). Para un estudio de los efectos del artículo 2 en los estudiantes, vid. A. WAYNE MACKAY, “The Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Springboard to Students' Rights” en *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 4 (1984) pp. 174-227.

<sup>107</sup> *Zylberberg*, cit. 592-593.

<sup>108</sup> Es preciso recoger las palabras del voto particular del Juez J. A. Lacourcière a la pregunta si toda acción gubernamental, motivada en la religión y carente de coactividad, es por naturaleza inconstitucional: “Religion is one of the dominant aspect of a culture which the Charter is intended to preserve and enhance (...) In this light, the removal of all religion from the school environment seems more consistent with the encouragement of a homogeneous society than with the preservation or enhancement of a “multicultural” one. The American concept of a “melting pot” of cultures does not form part of the Canadian tradition. (...) The regulation cannot be properly said to be coercive effect. In any event, the Canadian Constitution contemplates a bridge rather than a wall of separation between church and state, so that even a religious purpose or an incidental religious effect would not render the challenged legislation unconstitutional”, *Zylberberg*, 612 y 621.

<sup>109</sup> *Corp. of Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 65 D. L. R. (4<sup>th</sup>) 1, 71 O.R. (2d) (Ont. C. A.) (Tribunal de Apelación de Ontario) que revocó el fallo del Tribunal

contenidos religiosos en clase dos veces a la semana. La legislación pertinente preveía exenciones para los estudiantes que objetaran su participación. Además, el consejo escolar había modificado el currículo de la enseñanza religiosa con la finalidad de incluir otros credos y religiones. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Ontario concluyó que, tanto el objetivo como los efectos del reglamento, violaban el art.2 debido a la posible presión ejercida sobre los no cristianos o los no creyentes. Ni las exenciones previstas por la legislación, ni el currículo modificado por el consejo escolar mitigaba los efectos producidos en los alumnos eximidos de la enseñanza religiosa. El Tribunal de Apelación hizo un análisis detenido sobre las diferencias entre “enseñar sobre religión” y “la enseñanza religiosa”<sup>110</sup> y confirmó el fallo al que se llegó en *Zylberberg*.

Estas dos sentencias nos ayudan a fijar los límites de la discrecionalidad estatal en la enseñanza religiosa<sup>111</sup>. Por una parte, el Estado tiene la obligación de promover la religión, siempre que sus acciones no supongan una coerción para los miembros de otros credos o no creyentes<sup>112</sup>; pero por otra, y a pesar de las exenciones previstas, cualquier actividad con finalidad religiosa es inevitablemente coercitiva para algunos terceros y por lo tanto, debe estar prohibida.

En *Elgin County* no se planteó la cuestión del derecho a recibir una determinada instrucción religiosa en las escuelas públicas. Será en una sentencia posterior del mismo

---

de demarcación de Ontario –*Ontario Divisional Court*- (1988), 50 *D.L.R. (4th)* 193, 64 *O.R. (2d.)* 577 (*Ont. Div. Ct.*), el caso se conoce como *Elgin County*.

<sup>110</sup> Merece la pena destacar el siguiente párrafo del razonamiento jurídico: “The crucial issue in this appeal is whether the purpose and the effects of the regulation and the curriculum are to indoctrinate school children in Ontario in the Christian faith. If so, the rights to freedom of conscience and religion under s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the equality rights guaranteed under s. 15 of the Charter may be infringed. On the other hand, it is conceded that education designed to teach about religion and to foster moral values without indoctrination in a particular faith would not be a breach of the Charter. It is indoctrination in a particular religious faith that is alleged to be offensive”, *Ibid.* 4.

<sup>111</sup> Para un comentario comparado de estas dos sentencias: C. STEPHENSON, “Religious Exercises and Instruction in Ontario Public Schools” en *Faculty of Law Review*, Toronto, Canada, vol. 49, núm. 1 (1991) pp. 82-105.

<sup>112</sup> Vid. el razonamiento en *Big. M.*

Tribunal de Apelación de la provincia de Ontario, *Bal v. Notario* <sup>113</sup>, donde se aborde directamente este problema. En *Bal.* se resuelve el contencioso provocado por el Memorando del Ministro de Educación de Ontario, que estipulaba unas condiciones generales y neutrales para la viabilidad de los programas de contenido religioso en las escuelas públicas <sup>114</sup> y los demandantes, que alegaban los efectos discriminatorios que sufrían los que querían ver reconocido su derecho de libertad religiosa en el sistema público, a consecuencia de esta ley general de corte neutral. Hasta la fecha, se habían previsto escuelas específicas religiosas públicas donde se impartían contenidos claramente religiosos, con el Memorandum se establece un nuevo sistema que obliga a secularizar estos centros educativos y someter la enseñanza religiosa a los criterios mencionados por el Memorandum. La mayoría denegó el derecho de los demandantes a mantener estos colegios públicos de corte religioso. Y, en cuanto a las prácticas religiosas permitidas al interior de las escuelas públicas, se recuerda que la práctica mayoritaria de una determinada religión infringe el derecho de libertad religiosa de la Carta, puesto que la intención claramente religiosa es incompatible con el sistema secular de educación pública <sup>115</sup>. Con *Bal.* se confirma la decisión de *Elgin County*: "(...) esto significa el final de una era de influencia cristiana y marca el principio de un periodo secular en la educación, tomando en consideración los cambios del tejido social y la protección que brinda la Carta a las minorías y a la libertad de religión" <sup>116</sup>. Se permitirán las prácticas religiosas que no discriminen a unos a favor de otros.

---

<sup>113</sup> *Bal. v. Ontario (Attorney General)*(1994), 121 D. L.R. (4<sup>th</sup>) 96, 21 O.R. (2d) 681 (Ont. Gen. Div.) confirmada (1997) 151 D. L. R. (4th) 761, 34 O.R. (3D) 484 (Ont. C. A.).

<sup>114</sup> En *Ontario Ministry of Education, Policy/Program Memorandum No. 12: Education about Religion in Public Elementary and Secondary Schools*(1990) se establecía que los programas de religión en las escuelas públicas debían reunir dos condiciones: a) no deben adoctrinar y b) no darán preferencia a ninguna religión en particular.

<sup>115</sup> Como señaló el Juez Winkler en el Tribunal de Demarcación de Ontario: "The public school is secular, it does not present the opportunity for education in any particular denomination or faith. The objective is to provide non-denominational education. Should parents desire that their children have a religious education, they must assume the cost. This does not mean that there is adverse effect discrimination. The government prohibition is just, fair and constitutional", *Bal.*, cit (Ont. Ct. Gen. Div) p. 120-121.

<sup>116</sup> Palabras del J. WINKLER, *Ibid.* 99.

Por tanto, la mayoría de la jurisprudencia ha coincidido en que no habría inconveniente en autorizar una enseñanza religiosa, siempre y cuando se respete la línea divisoria entre el adoctrinamiento y la educación: pero ¿es posible distinguir nítidamente una de otra? <sup>117</sup>.

En mi opinión, la cuestión habría que reconducirla a los efectos coercitivos que atenta a la libertad religiosa de terceros. Las actividades claramente coercitivas deben estar prohibidas (adoctrinamiento) y las de contenido religioso deben ser analizadas bajo el criterio de los daños provocados a terceros. Los magistrados del Tribunal de Apelación en *Zylberberg* cometieron un grave error afirmando que cualquier ley que prescriba ejercicios religiosos en los colegios públicos es inconstitucional, por el simple hecho de promover y promocionar actividades de este tipo: en *Big M*, nada se argumentó para sostener la idea de que una ley con objetivos principalmente religiosos fuera inconstitucional en su raíz por este motivo exclusivamente.

## 2.2. La dimensión positiva de la libertad religiosa y las minorías religiosas

El TSC ha definido la segunda acepción del derecho de libertad religiosa del artículo 2 (a) como “el derecho a sostener cualquier creencia religiosa que el creyente elija, el derecho a declararla abiertamente sin odio, temor o represalia y el derecho a manifestar las creencias religiosas bien mediante el culto, la práctica, la enseñanza y el proselitismo” <sup>118</sup>.

Canadá ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales. En el primer caso del TSC sobre el artículo 2 (a) después de la promulgación de la Carta y de la ratificación del Pacto en *Videoflicks* <sup>119</sup>, el Juez Tarnopolsky, consciente de las obligaciones que impone el artículo 18 del Pacto, afirmó que el artículo 2 (a) debe entenderse e interpretarse de conformidad con este artículo y, por lo tanto, es preciso destacar “el derecho a manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas” <sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Vid. al respecto, los argumentos de D. M. BEATTY, op. cit. pp.137-138.

<sup>118</sup> *Big M.*, 108.

<sup>119</sup> *Reina v. Videoflicks, Ltd.*(1984), 48 O.R. (2d) 395 (Ont. C. A.).

<sup>120</sup> *Ibid.* 420.

Este derecho a manifestar las creencias religiosas tiene su equivalente en el derecho a disentir de todas aquellas leyes neutrales que impiden el ejercicio práctico de la libertad religiosa. Es la vertiente negativa del derecho a practicar. Esta puntualización la recoge el Juez Dickson en *Edwards* con el siguiente argumento: “la vertiente negativa del derecho a manifestar la libertad religiosa incluye el derecho a disentir de leyes temporales (..) aunque la legislación tenga una intención meramente secular, podría limitar la libertad de conciencia y religión de personas cuya conducta religiosa está orientada precisamente a manifestar su oposición a estas leyes” <sup>121</sup>.

En mi opinión, el derecho a practicar y el derecho a disentir es conceptualmente una misma cosa. En inglés, la libertad de disentir (*freedom to dissent*) adquiere un sentido activo, que permite enfatizar la acción de discrepar, cuando viene sostenida por los grupos minoritarios ante normativas que son de cumplimiento general. A mi entender, cuando se describen las manifestaciones religiosas en *Edwards* <sup>122</sup> se utiliza tanto el término *freedom from* para hacer referencia a “freedom from conformity”, que es la libertad de disentir, y *freedom to*, que es la libertad para practicar <sup>123</sup>. El derecho a practicar pertenece a cualquier persona, sea miembro o no de una minoría pero si se quiere enfatizar la lectura del derecho a practicar, desde las posiciones más débiles y minoritarias, es más correcta expresión libertad para disentir.

#### A) El acomodo de las prácticas religiosas de las minorías

Hasta aquí se ha apuntado el derecho a expresar y manifestar las creencias religiosas como contenido esencial de la libertad religiosa. El primer problema que se presenta a la hora de acomodar las manifestaciones de esta libertad religiosa es delimitar qué se entiende por “práctica religiosa”.

Lo primero que ha de mostrar el creyente es la sinceridad de unas convicciones que inspiran un modo de vida particular como resultado de unas creencias o una religión

---

<sup>121</sup> *Edwards*, 35.

<sup>122</sup> *Edwards*, 35-36.

<sup>123</sup> En este sutil estudio sobre ambas expresiones también aparece en la doctrina norteamericana, GALANTER apunta: “For every freedom 'to' dissent is a freedom from governmental or other restraints on the protected act. And every freedom 'from' here implies a freedom to engage in activities without the imposition of certain kinds of restraints or influences”. M. GALANTER, “Religious Freedoms in the United States: A Turning Point?”, *Wisconsin Law Review*(1966) pp. 217-231 en pág. 225.

determinada <sup>124</sup>. En primer lugar, el tribunal estudiará si las creencias que informan la vida cotidiana del individuo son sinceras; en segundo lugar, si influyen directamente en la situación en litigio; y tercero, la carga o el gravamen que soportará el ciudadano de no verse reconocidas tales prácticas.

La cuestión de la sinceridad de las convicciones es un paso previo fundamental para evitar que se prosperen demandas fraudulentas. A primera vista, si una persona no tiene un compromiso sincero y real con sus propias creencias, manifestado externamente <sup>125</sup>, tampoco tendrán tales creencias un papel determinante en su vida <sup>126</sup>. La jurisprudencia ha evitado hacer este razonamiento y ha preferido centrar su análisis en la sinceridad de las convicciones <sup>127</sup>, favoreciendo con este enfoque a los miembros de las minorías. En tales casos, dada la heterodoxia de las prácticas, la sinceridad se convierte en criterio más justo.

---

<sup>124</sup> Así se apunta en *Videoflicks*: “the complaint must be prepared to show that is based upon a sincerely held belief based upon a life-style required by one’s conscience or religion”, *Videoflicks*, cit. 423.

<sup>125</sup> Este compromiso sincero y veraz con las convicciones religiosas más íntimas se ha conocido como el requisito “bona fides conviction”. La verificación de este compromiso es esencial para caracterizar la importancia de las creencias religiosas del individuo. La doctrina opina que es preferible rechazar cualquier demanda religiosa por la falta de sinceridad que por la falta de compromiso entre las creencias que alega y la vida cotidiana del individuo. Así lo estima W. BLACK, “Religion and the Right of Equality” en BAYEFISKY Y ERBERTS (eds.), *Equality Rights and the Canadian Charter of rights and Freedoms*, Carswell, Toronto (1985) pág. 140 y W. S. TARNOPOLSKY, *Disrimination and the Law in Canada*, Richard De Boo Limited, Toronto, Canadá (1982) en pág. 186. También en la doctrina norteamericana esta postura ha sido sostenida por L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2ª ed., The Foundation Press Inc., New York, EE.UU. (1988) en pág. 1182.

<sup>126</sup> Se exige que las creencias desempeñen un papel análogo a la religión en la conciencia del individuo; es decir, “function as a religion in his life”. Estas mismas palabras se utilizan en el famoso caso norteamericano en el que se hace un análisis detenido sobre las creencias de un individuo y la puesta en práctica (“actions and belief”): *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970), 339.

<sup>127</sup> En *Jones v. The Queen et al.*(1985), 25 C.R.R. 63 (S.C.C.), la Jueza Wilson sostenía que “(..) it is not only permissible for our courts to consider the sincerity with which a belief is held, they have a duty to do so”, en 71.

En el momento de evaluar la sinceridad de las creencias religiosas, los ciudadanos no tendrán que demostrar con hechos el carácter informador de estas creencias en su vida <sup>128</sup>, ni se les exigirán las razones por las que se ha comprometido con estas creencias <sup>129</sup>, o los motivos por los que estas creencias son incompatibles con los principios religiosos tradicionales o mayoritarios <sup>130</sup>. Habrá también que tener en cuenta que las creencias y las prácticas de un miembro de una religión pueden variar dentro de la misma confesión. Por esta razón, el criterio para proteger la manifestación externa de la libertad religiosa del individuo residirá en la sinceridad con que la conciencia de cada persona asuma determinadas creencias y no en las obligaciones religiosas que en principio reclame su religión <sup>131</sup>; aunque esto último, sin duda, puede constituir un elemento de prueba de lo anterior.

---

<sup>128</sup> Así se recoge en *Jones*: “the courts are not in position to question to validity or worth of religious beliefs”, en p. 71. Y en *Morgentaler* se afirma “it not generally the state’s business to approve the personal decisions made by its citizens”, *Morgentaler et al. v. La Reina*(1988), 82 N.R. 1 (S.C.C.) en p. 120. En Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha sostenido que las creencias pueden ser religiosas incluso cuando “no sean aceptables, lógicas y comprensibles con la vida del creyente” en *Thomas v. Review Board*, 101 S. Ct. 1425 (1981) en 1430.

<sup>129</sup> El Tribunal de Apelación de Ontario en *Videoflicks* censuró, a la luz de los precedentes jurisprudenciales antes de la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales, el examen de la “experiencia religiosa del demandante” y de la “ la relación entre la experiencia y las creencias”, *Videoflicks*, en 420-422.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> En *Re Funk and Manitoba Labour Board* el magistrado presidente de sala del Tribunal de Apelación de Manitoba sostuvo: “The central issue in this matter is whether the Labour Board made its adjudication on the basis of Funk’s religious beliefs (as it was required to do) or on the basis on the tenets of the Mennonite Brethern Church (which it was neither required nor authorized to do) (...) the Board asked itself the wrong question. Its inquiry should have been directed of the nature of Funk’s religious beliefs concerning the joining of a union. Central to that inquiry would be the question of sincerity. Were Funk’s religious beliefs sincerely and genuinely held?”, *Re Funk and Manitoba Labour Board* (1976), 66 D.L.R (3rd) pp. 35. Y en una decisión mucho más reciente, la Comisión de Derechos Humanos de Canadá en *Jason v. Ontario Milk Marketing Bd.*(1990) rechazó que el Código de Derechos Humanos de Ontario diera cabida solo a las creencias del individuo que sigue los preceptos de una religión organizada: “the religious beliefs of an individual, developed through personal interpretation of religious experience and faith are equally as entitled to protection as the more formalized precept of organized religion”, *Jason v. Ontario Milk Marketing Bd.*(1990), 13 C.H.R.R. D/397.

Una vez comprobada la sinceridad de las creencias, lo relevante será analizar la importancia de estas prácticas, pertenecientes al individuo o al grupo, en la cuestión litigiosa:

“El derecho de libertad religiosa incluye el derecho a observar las prácticas esenciales para los miembros de una religión, y para determinar cuáles serían estas prácticas esenciales en cada caso, el análisis procederá (...) mediante el papel que estas prácticas y creencias adopta en la religión de los individuos o comunidades en cuestión”<sup>132</sup>.

Los miembros de las minorías religiosas se benefician, como cualquier ciudadano, de esta libertad religiosa del artículo 2(a), así como de la cláusula general de no-discriminación por motivos religiosos. Mediante la combinación del artículo 2(a) y el artículo 15 se ha solicitado el acomodo de las prácticas religiosas. Este acomodo ha devenido una exigencia constitucional por tres razones: por el derecho a la libertad religiosa, por el principio de no-discriminación y por el principio de multiculturalismo.

El artículo 15 de la Carta protege del trato y situaciones discriminatorias tanto a los individuos como a los grupos<sup>133</sup>. El caso más emblemático de la jurisprudencia canadiense es *Andrews*<sup>134</sup>, en el que se traza el contenido del concepto de igualdad. El Tribunal Supremo señaló que el concepto del principio de igualdad no equivale a una igualdad de trato uniforme para las personas o los grupos. Para verificar el cumplimiento con el principio de igualdad hay que atenerse a la igualdad de resultados. Es decir, hay que preguntarse por el objetivo de la ley y analizar si se ha conseguido el mismo resultado para todos. Además, el derecho a la igualdad debe entenderse de manera extensa: 1. prevenir la discriminación, 2. eliminar la discriminación y 3. llevar a cabo programas de “afirmación positiva”, siempre y cuando fuera necesario.

En *Andrews*, el TSC añade al contenido del principio de no-discriminación la necesidad de salvaguardar a los ciudadanos de las prácticas discriminatorias no intencionadas<sup>135</sup>. En ocasiones, no hay intención directa de discriminar pero leyes de

---

<sup>132</sup> *Videoflicks*, cit. 420.

<sup>133</sup> Esta es la opinión de BAYEFSKY y EBERTS, *The Equality Rights ...*, cit. pág. 168; y también el W. BLACK Y L. SMITH, “The Equality Rights” en *Charte Canadienne ...*, cit. pág. 844.

<sup>134</sup> *Andrews v. Law Society of B.C.*(1989) 1 SCR, 143.

<sup>135</sup> *Andrews*: “I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not, based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages on such individual or group not imposed upon others or which with holds or limits access to opportunities, benefits and

naturaleza “neutral”, es decir, leyes no directamente concebidas como discriminatorias u hostiles, pueden tener efectos perjudiciales con distinta intensidad en determinados grupos. Es lo que se ha conocido como “adverse effect discrimination”. Con frecuencia, estas leyes ofrecen un mismo tratamiento jurídico y ocasionan resultados muy desiguales <sup>136</sup>.

El principio de no-discriminación carecería de sentido si no se contemplara el acomodo como condición previa para evitar las situaciones claramente discriminatorias <sup>137</sup>. En este sentido, los tribunales han intentado garantizar a todos los ciudadanos y a los grupos el disfrute de los mismos derechos mediante lo que se ha conocido como “el derecho al acomodo”. Ejercer este derecho se convierte en la solución para integrar satisfactoriamente las diferencias de una sociedad multicultural en un mismo marco de convivencia y conseguir que todos, a pesar de estas diferencias, se beneficien de los mismos recursos y posibilidades.

El acomodo de las prácticas religiosas es esencial en una sociedad pluralista donde los trabajadores tienen la necesidad de practicar las más variadas creencias religiosas.

---

advantages available to other members of society”, *Ibid.* 308. Es necesario completar este análisis con un caso posterior en el que se pronunció el TSC: *Law v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*(1999), 1. S.C.R. 497, 170 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1 (S.C.C.). El TSC amplió el concepto de discriminación: “A Court that is called upon to determinate a claim under s. 15 (1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant’s already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more ... of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15 (19) of the Charter in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage , *Law.* 19.

<sup>136</sup> También se conoce este tipo de discriminación indirecta como *discriminación sistemática*. Es la que resulta de los sistemas en los cuáles la práctica está tan extendida, y asimilada en la cultura organizativa de la mayoría que pasa desapercibida. Vid. W. F. FOSTER y W. J. SMITH, “Religión and Education in Canada: Part III. An Alternative Framework for the Debate”, *Education and Law Journal*, vol. 11 (2001-2002) pp. 1-48 en pág. 38.

<sup>137</sup> A mi parecer, el mejor trabajo hasta la fecha sobre el acomodo religioso es el de J. WOEHRLING, “L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse”, *Revue de Droit de McGill*, vol. 43 (1998) pp. 325-401.

La jurisprudencia canadiense nos ofrece significativas sentencias <sup>138</sup> en las que el “derecho al acomodo” es esgrimido por el creyente en su lugar de trabajo. La Comisión Canadiense de Derechos Humanos publicó <sup>139</sup> un informe como criterio y guía, para trabajadores y empresarios que se encuentran en la difícil coyuntura de sopesar el derecho del trabajador a ejercer “su libertad” frente al derecho del empresario a “llevar sus negocios de manera satisfactoria”, sin incurrir en discriminación ni en serios perjuicios para la empresa.

La Comisión hizo las siguientes consideraciones. En primer lugar, el derecho al acomodo no perjudica, ni merma, el trato igual que merecen tanto creyentes como no creyentes; la diferencia de trato no se considera una práctica discriminatoria. En segundo lugar, el derecho al acomodo incluye una múltiple variedad de medidas: permisos especiales de trabajo, códigos de vestir distintos, acomodo de las vacaciones religiosas proveer espacio para los ritos religiosos, permiso para atender a los servicios religiosos prescritos, etc. Y en tercer lugar, se plantea como la cuestión más difícil, hasta qué punto es exigible el “acomodo de las diferencias”.

La exigibilidad del acomodo puede ser satisfecha siempre y cuando el acomodo no implique una “penalidad excesiva o injusta” <sup>140</sup> para el empresario. Por tanto, si se

---

<sup>138</sup> Es interesante hacer notar que las cuatro sentencias en las que el Tribunal Supremo ha tratado los límites del derecho al acomodo (o, desde la perspectiva opuesta, “the duty to accommodate”), se refieren a la acomodación religiosa: *O’Malley v. Simpson Sears* (1986), *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool* (1990), *Central Okanagan School District No 23 v. Renaud* (1992) y *Commission Scolaire régionale de Chambly v. Bergein*(1994). Para un estudio detallado de la jurisprudencia a tal efecto: L. MACDONELL, *Human Rights in the Workplace. A Practical Guide*, Ontario, Carswell-Scarborough (1998) pp.10-1 a 10-37. Para una revisión crítica de cómo se ha hecho esta acomodación religiosa en el ámbito laboral, vid. M. CORNISH Y H. SIMAND *Religion Accommodation in the Workplace*, *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1 (1990) pp.166-185. Si se quiere profundizar hasta que punto el empresario tiene el deber de acomodar las prácticas religiosas, vid. S. DAY Y G. BRODSKY, *The Duty to Accommodate: Who Will Benefit*, *The Canadian Bar Review*, vol.7 núm. 5 (1996) pp.433-473.

<sup>139</sup> CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *The Duty to Accommodate: an Interpretative Commentary*, June (1997). La Comisión desempeña una labor interpretativa importante. Hay que estar también atentos a la función de cada Comisión de derechos humanos en las provincias. Para un comentario de las competencias de estas comisiones, vid. D. JOHNSON, “Human Rights Commission in Canada: Reform or Reinvention in a Time of Restrain”, en *Human Rights Law in Canada*, material preparado por M. LYNK, Faculty of Common Law, University of Ottawa, pp. 121-124.

<sup>140</sup> Así podría traducirse la expresión “undue hardship”, importada del derecho estadounidense.

lograse definir con exactitud este último concepto se evitaría el conflicto y el ajuste particularizado -caso por caso- de los derechos empresario y del trabajador. Los perfiles de este concepto se delinearon precisamente en la demanda de un acomodo por motivos religiosos <sup>141</sup>. Sin embargo, los tribunales continúan encontrando dificultades para medir y valorar algunos de los factores que componen el concepto, tales como el daño moral a otros empleados o la seguridad en el trabajo (por ejemplo, el sikh que lleva consigo como parte de su vestimenta ordinaria una daga de ceremonias a su lugar habitual de trabajo). En suma, parece que el “derecho a un acomodo” y la apreciación de lo que es una “penalidad injusta o excesiva” variarán en cada caso en particular, de modo que la exigibilidad del acomodo tendrá que evaluarse en las circunstancias de cada momento. Así ha quedado de manifiesto en los tribunales canadienses <sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> En *Central Alberta Dairy Pool v Alberta (Human Rights Commission)* un trabajador fue despedido por ausentarse del trabajo dos días festivos, y aunque existían “requisitos laborales de buena fe” (*bona fide occupational requirement*) que justificaban la discriminación en que se estaba incurriendo despidiendo al trabajador, el empresario tuvo que demostrar que los medios y los esfuerzos realizados para intentar acomodar las prácticas religiosas del creyente. La Comisión abordó el contenido de concepto “penalidad excesiva o injusta”, señalando los factores que lo componen: “existe penalidad injusta o excesiva en el caso de que el empresario tuviese que incurrir en costes financieros, violación del convenio colectivo, imposibilidad de intercambio de fuerza de trabajo u otros factores, peligro para el trabajo o la seguridad, magnitud del riesgo, problemas morales para los otros empleados”. Para un estudio detallado de la discriminación en el ámbito laboral, vid. el siguiente libro de D. PROULX: *La Discrimination dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur le droits de la personne*, Montreal, Yvon Blais Inc. (1983). En estas páginas se estudia la diferencia entre discriminación directa e indirecta. A modo de ejemplo se apuntan casos concernientes a la libertad religiosa y el derecho a acomodar las prácticas de los creyentes.

<sup>142</sup> En el caso *Gohm v. Domtar Inc.*(1990), 12 C.H.R.R. D/161 en 75 la Comisión afirmó que “the duty to accommodate defies generalization, because each case will involve unique circumstances”. En el asunto *Renaud* el juez SOPINKA señala: “Ce qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire”. *Renaud* op. cit. Para un estudio comparado detallado del derecho al acomodo en la sociedad canadiense en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales y en la Carta de Derechos y Libertades de la persona de Quebec, vid J. WOEHRLING, “L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse”, op. cit. pp. 325 y ss.

En cuanto a la discriminación indirecta, los casos que alcanzaron el Supremo <sup>143</sup> en materia de “adverse effect discrimination” fueron motivados por discriminaciones religiosas. En *Bhinder* <sup>144</sup>, un sikh fue despedido por no seguir la normativa laboral que le exigía llevar casco de seguridad. El creyente informó a la compañía que no podría cumplir con este requisito porque llevar turbante es una práctica religiosa esencial en la ortodoxia de su religión. La ley que obliga llevar un determinado uniforme, incluyendo el casco, tiene un carácter neutral pero perjudica a los solicitantes del credo sikh, al quedar automáticamente excluidos de los requisitos demandados por la normativa laboral. Pese a todo, el TSC consideró que el casco era requisito inexcusable del trabajo (“bona fide occupational requirement”, BFOQ) y no procedía el derecho al acomodo. El resultado de esta polémica es el mantenimiento de la ley que produce efectos discriminatorios indirectos, al mismo tiempo que se intenta un acomodo “razonable”.

Por lo tanto, el concepto de acomodo “razonable” es enormemente útil para los miembros de las minorías. Sin embargo, al no ser absoluto el derecho al acomodo, cualquier empresario puede argumentar “bona occupational requirement” –requisito inexcusable para desempeñar el trabajo- para eludir el principio de no-discriminación. En tales casos, el empresario demostrará que estos requisitos son imprescindibles para el desempeño del trabajo y es imposible acomodar al trabajador sin perjuicio grave para la empresa <sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> *Symes v. Canada*(1993) 4 S.C.R.; *O'Malley v. Simpsons Sears*(1985) 2 S.C.R.

<sup>144</sup> *Canadian National Railway v. Canada (Human Rights Commission)*, (1987) 1 S.C.R. 1114, 40 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 193 (S.C.C.) citado como *Bhinder*.

<sup>145</sup> En dos casos relativamente recientes, uno sobre discriminación laboral por motivos de género: *British Columbia (Public Service Employee Relations Comisión) v. B.C.G.E.U.*(1999), 3 S.C.R. 3, 176 D.R.L. (4<sup>th</sup>) 1 (S.C.C.), citado como “Meriorin” ; y otro sobre la denegación del permiso de conducir por discapacidad visual: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)* (1999), 3 S.C.R. 868 (2000), 181 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 385 (S.C.C.), citado como “Grismer”, el TSC elaboró un test para determinar qué requisitos revisten las características de BFOQ: “An employer may justify the impugned standard by establishing on the balance of the probabilities: (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job; (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and (3) that the standard is reasonably necessary to accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer, *Meiorin*, cit. 24-25.

Por último, existe otro número de casos sobre el acomodo de prácticas religiosas que representan el reverso de la moneda de las pretensiones de los demandantes en *Zylberbeg*. Como vimos, en este caso, los padres invocaban el derecho de sus hijos a no practicar determinados ejercicios religiosos -"to opt out"-, los casos que se describen a continuación solicitan, por el contrario, el derecho a acomodar prácticas religiosas en el sistema público de enseñanza -"to opt in"- . En el caso de las *Escuelas Islámicas*<sup>146</sup>, los demandantes denuncian el rechazo del consejo escolar de un colegio público a cerrar dos días festivos, según el calendario musulmán, alegando que el colegio había retrasado el comienzo de curso dos días para acomodar dos días feriados judíos. La demanda se desestima bajo el argumento que el calendario toma en consideración vacaciones seculares y, desde la perspectiva del principio de neutralidad, no viola el principio de no-discriminación. El acomodo de los estudiantes musulmanes se realiza mediante las oportunas exenciones en los días feriados musulmanes: "cerrar los colegios en los días que se solicita, conduciría a cerrar los días que demandaran otras religiones (...) en este caso, dada la sociedad de hoy en día, el calendario escolar no funcionaría". El análisis final se realiza tomando en consideración la "penalidad o gravamen excesivo" para el funcionamiento del colegio, por lo tanto, la discriminación indirecta que sufren estos estudiantes estaría justificada. En opinión de Dickinson y Dolmage, a diferencia de *Zylberberg* y *Elgin*, los demandantes que buscan practicar sus creencias en el colegio son ignorados por el Estado: "left out in the cold"<sup>147</sup>.

#### B) La financiación estatal de las escuelas religiosas

En los casos que hemos descrito en el epígrafe anterior el derecho de acomodo se realizaba en el ámbito laboral. El derecho a ejercitar las prácticas religiosas y desarrollar la libertad religiosa significaba demandar del Estado un espacio para llevarlas a cabo bajo el respeto estricto a las particularidades de cada confesión. Este derecho a practicar las manifestaciones externas de la libertad religiosa también se solicita en el terreno escolar.

---

<sup>146</sup> *Islamic Schools Federation of Ontario v. Ottawa Board of Education*(1997) 145 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 659, 99 O.A.C. 127 (Ont. Div. Ct.). Vid. también *Chambly (Commission scolaire régionale) v. Bergevin*, (1994) 2 S.C.R. 525, 115 D.L.R. (4<sup>TH</sup>) 609 (S.C.C.), citada como "Bergevin".

<sup>147</sup> G.M. DICKINSON y W. R. DOLMAGE, "Education, Religion and the Courts in Ontario", *Canadian Journal of Education*, vol. 21 (1996) pp. 363-381 en 379.

Anteriormente, señalé que es deber del Estado no constreñir, ni obligar, ni imponer ninguna práctica religiosa a los estudiantes, a tenor de la vertiente negativa del derecho de libertad religiosa. Ahora, es necesario estudiar si mediante el reverso de la moneda - el aspecto positivo de la libertad religiosa- el Estado debe facilitar, ayudar y promocionar el ejercicio de la religión en las escuelas.

En *Jones*<sup>148</sup>, el Tribunal Supremo rechazó la pretensión de un padre, pastor de una iglesia, que alegaba que las garantías del artículo 2 le eximían de la obtención de un certificado homologado de enseñanza necesario para educar a su hijo en la escuela de la iglesia y evitar, de este modo, que el niño fuera a la escuela obligatoria según exige la legislación de Alberta. El Tribunal anotó que la legislación sobre enseñanza hace un esfuerzo por acomodar la diversidad religiosa, permitiendo a los padres elegir la educación más adecuada para sus hijos fuera del sistema público secular<sup>149</sup>.

Sin embargo, para muchos padres esto no es suficiente y han intentado demandar del Estado la ayuda financiera necesaria para la creación de escuelas religiosas que eduquen a los hijos según las creencias de sus progenitores. Como parte de sus argumentos, sostienen la necesidad de extender los derechos concedidos a las escuelas religiosas separadas en el Acta Constitucional de 1867 y, constitucionalmente garantizados en el artículo 93 de la Ley Constitucional y el artículo 29 de la Carta de Derechos, a las escuelas de las otras minorías religiosas que no existían en el momento del Acta Constitucional de 1867.

El pacto histórico, que garantizaba la confesionalidad escolar en la Constitución de 1867, otorgaba protección a las escuelas separadas católicas en Ontario y las escuelas disidentes protestantes en Québec. Cuando la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales entra a formar parte de la Constitución canadiense en 1982, se plantea la compatibilidad entre la libertad religiosa y el principio de no-discriminación con las garantías del artículo 93 del Acta Constitucional de 1867. Esta compatibilidad se salva, como ya se ha indicado, con el artículo 29 de la Carta que protege los derechos

---

<sup>148</sup> *Jones v. La Reina*, (1986) 2 S.C.R. 284, 31 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 569.

<sup>149</sup> La mayoría en *Jones* estimó que no existía violación del artículo 2 (a) porque el padre no consiguió demostrar que existía una vulneración de su libertad religiosa. De hecho, la Jueza Wilson escribió que “any impact on the appellant's religious belief was at most formalistic and technical” (578-579). El Juez La Forest, escribió que no existía interferencia con la libertad religiosa (591), pero el requisito del certificado podía significar una intrusión en este derecho. Sin embargo, este requisito estaba justificado en una sociedad libre y democrática en el que el Estado tiene un interés general en asegurar una educación adecuada e igual para todos los niños (592-594).

consagrados en el artículo 93. Sin embargo, el debate de las escuelas separadas de las provincias “fundadoras” no ha dejado de ser objeto de atención por los tribunales y por la doctrina desde la promulgación de la Constitución de 1982. Este debate no es otro que el de la posición de la religión en el sistema de enseñanza pública y el de las implicaciones confesionales del Estado canadiense en asuntos seculares de importancia general como es el de la educación. En los últimos cinco años, estos debates y, entre ellos, el de la financiación pública de las escuelas han sido un foco de primer interés en las provincias de Ontario, Newfoundland y Québec.

1. Newfoundland: Terranova, como se conoce en castellano, es la última provincia que se incorpora a la Confederación en 1949<sup>150</sup>. En la ley que recoge las condiciones de la unión al Canadá, se establece las garantías para las escuelas separadas confesionales y las seculares en la cláusula 17 que reemplaza al artículo 93 de la Ley de 1867. Las garantías de la cláusula 17 son distintas a las recogidas en Québec y Ontario puesto que no se protegen los derechos de una minoría frente a la mayoría sino de siete confesiones religiosas distintas. Como apunta Caparrós, este panorama creaba serios problemas de reorganización en una provincia donde el número de escolares disminuía y las escuelas estaban muy diseminadas por el territorio<sup>151</sup>. Estas circunstancias hacía imposible la creación de un sistema de enseñanza neutral paralelo al confesional. Una Real Comisión de investigación creada por el Gobierno estudia la reorganización del sistema escolar y presenta sus conclusiones en 1992. Ante la imposibilidad de llegar a algún acuerdo con las confesiones se inicia el camino hacia la reforma constitucional<sup>152</sup>. Previo referéndum de 52% favorable a la reforma, la Asamblea Legislativa de Newfoundland aprueba la modificación constitucional. Con esta reforma, se elimina el control de la enseñanza de las confesiones en el sistema de educación pública y se les reconoce el derecho a tener enseñanza religiosa, actividades y prácticas religiosas de las distintas confesiones en las escuelas públicas neutrales. Inmediatamente después, el Gobierno provincial intentó desarrollar legislativamente la reforma. Sin embargo, simultáneamente la polémica alcanza los tribunales que reinterpretan la cláusula 17 y la

---

<sup>150</sup> *British North America Act*, 1949, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.).

<sup>151</sup> Vid. E. CAPARRÓS, op. cit. pág. 243.

<sup>152</sup> Para la modificación constitucional se sigue la fórmula prevista por la *Constitutional Act* de 1982 en el artículo 43. Según la misma, cuando la modificación atañe a una o varias provincias basta con la intervención de los órganos legislativos federales y los de la/s provincia/s implicadas.

iniciativa legislativa queda paralizada<sup>153</sup>. El Gobierno sostuvo un segundo referéndum y se pone en marcha una nueva reforma constitucional más restrictiva que la anterior respecto de la actuación de las iglesias en el sistema público de enseñanza. Se completa, por tanto, la reforma finalmente y la cláusula 17 resultante establece: “ (1) en lugar de la sección 93 ... (2) La Asamblea tendrá poder exclusivo para promulgar leyes sobre la religión en el sistema y proveerá cursos de religión con contenidos que no sean específicamente religiosos. (3) Se permitirá prácticas religiosas cuando sean solicitadas por los padres”<sup>154</sup>. Por lo tanto, en Newfoundland las garantías constitucionales de financiación y sostenimiento de las escuelas separadas confesionales quedan modificadas, dejando paso a un estricto sistema neutral público de enseñanza.

2. Québec: En la provincia de Québec el debate sobre la organización del sistema de enseñanza, consagrado en el artículo 93 de la Ley Constitucional de 1867, ha levantado una fuerte polémica desde hace más de treinta años. En la Asamblea Nacional de Québec se ha planteado repetidamente la posibilidad de una reforma constitucional con la intención de “desconfesionalizar” el sistema público de educación, al tiempo que los tribunales indicaban expresamente que, en ningún caso, las reformas legislativas perjudicarían los derechos adquiridos por protestantes y católicos consagrados en el artículo 93<sup>155</sup>.

El 15 de abril de 1997, la Asamblea adopta una resolución solicitando la reforma constitucional para que los párrafos 1 a 4 del artículo 93 de la Ley Constitucional de 1867 no se apliquen en Québec. El consenso alcanzado en la Asamblea no se traduce en un consenso en la sociedad quebequesa y el debate queda servido en todos los medios de comunicación y, en especial, entre las comunidades anglo-católicas. Ottawa señala que responderá favorablemente a lo que la Asamblea de Québec proponga pero convoca un Comité adjunto especial en el Congreso y Senado para dar audiencia pública a los interesados<sup>156</sup>. El Comité concluye que existe consenso en Québec sobre la reforma y

---

<sup>153</sup> Vid, *Hogan v. Newfoundland (School Boards for Ten District)*(1997), 149, D.L.R. (4<sup>th</sup>) 468.

<sup>154</sup> *Constitutional Admendment Act*, 1998 (Nefoundland Act), Canada Gazette, vol. 132, Extra N. 1, January 14, 1998).

<sup>155</sup> *Greater Montreal Protestant School board v. Québec (Attorney General)*, (1989) 1 S.C.R. 377; *Reference Re the Education Act*, S. Q. 1988, c. 84 (1993) 2 S.C.R. 511.

<sup>156</sup> *Report of the Special Joint committee to Amend Section 93 of the Constitution Act, 1867, Concerning the Quebec School System*(Ottawa: Senate of Canada/House of Commons, 1997).

confirma la decisión de la Asamblea de Québec. Inmediatamente, el Gobierno Federal sanciona la reforma en diciembre de 1997 <sup>157</sup>.

Durante de la reforma para la desconfesionalización del sistema educativo y la eliminación de las escuelas separadas, se llevaron a cabo importantes estudios con el objetivo de analizar en detalle la cuestión, tanto desde un enfoque teórico como desde la sensibilidad de la opinión pública. El Ministro de Educación de Québec nombró un grupo de trabajo llamado *Task Force on the Place of Religion in Schools in Québec*, dirigido por el Profesor Jean-Pierre Proulx, para el análisis exhaustivo de las propuestas de reforma constitucional <sup>158</sup>. En sus conclusiones –fuertemente criticadas <sup>159</sup>– aunque no señala literalmente que la religión no tiene lugar en las escuelas públicas, el informe insiste que el lugar que se le asigne no irá en menoscabo de los derechos de los miembros de la comunidad escolar. Lo relevante del estudio es la dificultad que muestra para reconciliar el status quo histórico con la evolución de la sociedad canadiense <sup>160</sup>. Basado en tres estudios individuales y específicos <sup>161</sup>, el informe de la *Task Force* concluye con la

---

<sup>157</sup> La validez constitucional de esta reforma y las siguientes revisiones legislativas sobre el sistema educativo de Québec son aún objeto de litigio: *Larouche v. Québec*, (1997) A. Q. No. 3804 (C.S.); *Potter v. Québec (Attorney General)*, (1998) A. Q. No. 3503; *Association des communautaires scolaires franco-protestantes du Québec v. Le Procureur General du Québec*(2001) J. Q. No. 385 y No. 386 (C.A.).

<sup>158</sup> *Task Force on the Place of Religion in Schools in Québec, Religion in Secular Schools: A New Perspective for Québec Schools*(Ministère de l'éducation, Québec (1999).

<sup>159</sup> Vid. P. GARANT, "La nouvelle confessionnalité scolaire au Québec", *Revue Générale de Droit*, vol. 31, n° 3 (2001), pp. 437-472.

<sup>160</sup> "Our society is also based on human rights and freedoms. We will therefore have to choose between a continuation of the system in which the rights and privileges of the Catholic and Protestant tradition take precedence in the religious instruction dispensed in schools, over freedom of conscience, freedom of religion, and the right to equality. It will be necessary to clarify, once and for all, the relationship between human rights and the right of parents to choose religion instruction for their children in keeping with their beliefs", *Task Force*, cit. p. 17.

<sup>161</sup> Cada uno de los trabajos aborda áreas específicas del tema religión en las escuelas públicas: S. PRATTE, "La place de la religion dans les écoles publiques des provinces anglo-canadiennes"; W. J. SMITH y W. F. FOSTER: "Balancing Rights and Values: the Place of religion in Québec Schools"; y J. WOEHRLING, "Étude sur le rapport entre les droits fondamentaux de la personne et les droits des parents en matière d'éducation religieuse", Ministère de l'éducation (1999).

necesidad de adecuar el sistema de educación pública a los principios de la Carta de Derechos Fundamentales, teniendo en cuenta, los parámetros de los derechos humanos internacionales, entre ellos, el derecho de los padres y de sus hijos a recibir una educación conforme a sus creencias religiosas y éticas. Y recomienda la eliminación de los privilegios a las escuelas separadas católicas y protestantes en la Provincia.

3. Ontario: Un proyecto de ley de Ontario conocida como la *Reference re Bill 30*<sup>162</sup> decidió extender la subvención estatal de las escuelas primarias católicas a las escuelas secundarias. La interpretación fue que, al tiempo de la Unión, los católicos sólo tenían escuelas primarias y por eso las secundarias no se recogieron constitucionalmente. A tenor de una interpretación del espíritu de la ley y de un estudio detallado de la legislación de Ontario anterior a 1867, el Tribunal Supremo concluyó que el proyecto de ley respetaba el artículo 93 de la Ley Constitucional de 1867<sup>163</sup>.

La cuestión radica en estudiar si existe obligación constitucional de subvencionar la enseñanza básica a las minorías religiosas que no se enumeran en el artículo 93; o si, por el contrario, es necesario sostener que las escuelas del artículo 93 tienen un lugar

---

<sup>162</sup> El título completo de la ley es: *An Act to amend the Education Act to provide full funding for Roman Catholic Separate High Schools*. Existen numerosos estudios sobre la polémica de esta ley: G.-A. BEAUDOIN, “La question de l'établissement d'un conseil scolaire homogène francophone en Ontario. Un commentaire succinct” en *Revue Générale de Droit*, vol. 18 (1987) pp. 481-494 y J. L. BLACK-BRANCH, *Rights and Realities: The Judicial Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Education, Case Law and Political Jurisprudence*, Carswell, Toronto (1997), en concreto el capítulo 2 *New Directions in Education* pp. 19-37.

<sup>163</sup> El Tribunal Supremo también ha intervenido en dos cuestiones de parecida índole en Québec. La primera es *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec(A.G.)* (1989) 1.S.C.R. 377. Se trató de impugnar un reglamento del Ministerio de Educación que regulaba ciertos aspectos pedagógicos y establecía la obligatoriedad de las clases de religión en el horario escolar. Se falló a favor de la validez del Reglamento basándose en los argumentos sobre el estudio histórico de la legislación en vigor, antes de la Confederación y aplicable a las escuelas protestantes en el provincia de Québec a la luz del estudio del derecho de Ontario elaborado en el recurso anteriormente mencionado. En la segunda, en 1993, la iniciativa del Gobierno de Québec de legislar para introducir amplias reformas en la legislación sobre la enseñanza secundaria -Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1988, c. 84- fue sometida a consideración de los tribunales. El Tribunal Supremo -*Reference Re Education Act (Qué.)*(1993) 2 S.C.R. 511- reconoció que, aunque el Gobierno de Québec tiene la competencia legislativa para introducir cambios, se le recuerda e impone el deber de respetar los derechos garantizados en el artículo 93 de la Ley Constitucional para las confesiones católicas en las zonas geográficas en las que estaban constitucionalizadas en 1867. Vid. E. CAPARROS, op. cit, pp. 225-245.

especial del que está excluido el resto. De adoptar la última solución, el TSC habría de concluir que la sociedad canadiense está ligada a la educación pública y al principio de neutralidad, exceptuando lo garantizado históricamente en la Constitución. De ser cierta esta afirmación, el Estado contravendría el deber que ha asumido por el artículo 2(a) sobre la promoción efectiva de la libertad religiosa <sup>164</sup>.

Este tema sobre oportunidad o inoportunidad de la constitucionalidad de las subvenciones estatales a determinadas confesiones ha sido analizado en la sentencia *Adler* <sup>165</sup> del TSC. En el recurso, un grupo de padres judíos y protestantes en Ontario invocaban el artículo 15 y el artículo 2 de la Carta de Derechos en busca de subvenciones estatales para las escuelas religiosas estimadas como imprescindibles para la correcta educación de sus hijos <sup>166</sup>.

Los nueve jueces del TSC no alcanzaron la unanimidad pero coincidieron en las siguientes consideraciones: 1. El Pacto histórico que recoge el artículo 93 de la Ley Constitucional de 1867 debe ser salvaguardado; 2. En aras de la coherencia de los textos constitucionales, el artículo 29 de la Carta de Derechos <sup>167</sup> dispone que el articulado de la Carta no afectará a los derechos y privilegios garantizados por la Constitución en relación con las escuelas separadas confesionales; 3. lo constitucionalmente exigible son las subvenciones a las escuelas católicas de Ontario y a las protestantes de Québec y las subvenciones a las escuelas confesionales católicas en la Ley de Ontario no vulneran el artículo 2 de la Carta.

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

Por un lado, el Juez MacLachlin estimó que la vulneración del artículo 15 había sido causada por una discriminación indirecta *-adversed effect discrimination-*, puesto que el

---

<sup>164</sup> *Big M. y Edwards*.

<sup>165</sup> *Adler v. Ontario*(1996) 3 S.C.R. 609.

<sup>166</sup> Vid. los siguientes comentarios del caso *Adler*: M. H. OLGIVIE, "Adler v. Ontario: Preconception, Myths (or Prejudices) about Religion in the Supreme Court of Canada", *National Journal of Constitutional Law*, vol. 9 (1998) pp. 79-95 y M. GREEN, "Adler v. Ontario" en *Education y Law Journal* vol. 5 (1997) pp.179-183.

<sup>167</sup> En su versión original dice así: "Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissenting schools".

sistema escolar público no estaba disponible, igualmente, para cualquier confesión religiosa. De modo que se estaba imponiendo un gravamen financiero a aquellos que buscaban la educación religiosa fuera del sistema público. Sin embargo, el Juez MacLachlin consideró que la justificación de esta discriminación residía en el contenido del artículo 1, ya que una sociedad multicultural pluralista necesita un sistema escolar objetivo tolerante y neutro.

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

En cuanto a la mayoría, sostuvo que el sistema público de financiación en Ontario no violaba la libertad religiosa del artículo 2<sup>168</sup>. Además, es interesante anotar -según el razonamiento del Juez Sopinka- que la negativa a extender la financiación a las otras escuelas viene justificada por la naturaleza secular y neutral del sistema educativo canadiense<sup>169</sup>. El coste de la enseñanza debe, por tanto, recaer en las familias.

La literatura jurídica que provocaron los comentarios de los jueces en *Adler* ha sido muy variada. Parte de la doctrina sostiene que tras *Adler* no existe obligación

---

<sup>168</sup> En palabras del Juez Sopinka, “The fact that no funding is provided for private religious education cannot be considered to infringe the parents’ freedom to educate their children in accordance with their religious beliefs where there is no restriction on religious schooling (...) the failure to fund cannot constitute state interference with freedom of religion equivalent to a violation of s. 2 (a) of the Charter. Moreover, the cost of sending their children to private religious schools is a natural cost of the parents’ religion and does not, therefore, constitute an infringement of their freedom of religion protected by s, 2 (a) of the Charter”, J. Sopinka, *Adler*, 446-447.

<sup>169</sup> “While it is true that the parents feel compelled to send their children to private school because of their religion, and therefore are unable to benefit from publicly-funded schooling, I fail to see how this is an effect arising from the statute. The reasons why the public school system is not acceptable to the parents lie in its secular nature. This secular nature is itself mandated by s. 2 (a) of the Charter as held by several courts in this country”, J. Sopinka, *Adler*, 448. Se refiere a los casos de *Zylberberg* y *Elgin County*.

constitucional estatal de financiar escuelas confesionales <sup>170</sup>. Otro sector sostiene que la sentencia no prohíbe la financiación estatal, sino que deja abierta la puerta a la oportunidad o inoportunidad política de subvencionar las escuelas de las minorías religiosas <sup>171</sup>. Es decir, no se plantearían obstáculos constitucionales para que fondos públicos financiaran escuelas privadas, entre ellas las escuelas privadas confesionales de otros credos. Las competencias para proceder o no a subvencionar otras escuelas serían de las provincias que tienen cedidas las competencias en materia de educación. Esta solución subraya la posibilidad de ofrecer estas subvenciones, no la obligatoriedad de su imposición <sup>172</sup>.

Si nos atenemos a un enfoque estrictamente neutral, la decisión de la mayoría es correcta. Es decir, si el caso se planteara en una provincia exenta de las garantías del artículo 93, la solución no pasaría por subvencionar la enseñanza religiosa con fondos públicos, puesto que de acuerdo con los textos internacionales de derechos humanos, el derecho de los padres a garantizar la educación religiosa y moral a sus hijos, según sus convicciones, no les hace titulares de beneficios frente al Estado <sup>173</sup>. Y esta es la interpretación seguida en casos posteriores que hemos mencionado con anterioridad, *Bal v. Ontario (Attorney General) e Islamic Schools Federation of Ontario v. Ottawa Board of Education*. Sin embargo, hay un problema con este razonamiento jurídico: señalar que “el coste educativo de las minorías religiosas es una consecuencia natural de la religión que se practica (...) algo ‘insustancial y trivial’” contradice las conclusiones de jurisprudencia anterior. En *R. v. Videoflicks*, las leyes de cierre dominical fueron consideradas inaceptables por los costes económicos para los no cristianos.

Concluyendo, tal y como se indicó anteriormente, el artículo 93 hoy en día sólo surte efectos para los católicos y protestantes de tres de las trece provincias y territorios de Canadá: Alberta, Ontario y Saskatchewan. Dada la evolución del *case law* sobre esta cuestión, la naturaleza y alcance de las garantías del artículo 93 quedan sintetizadas de

---

<sup>170</sup> Vid. K. SWINTON, “Freedom of Religion” en BEAUDOIN Y MENDES, *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, op. cit. pp. 141-168 y P. MACKLEM, “Freedom of Conscience and Religion in Canada”, *University of Toronto Faculty Law Review*, vol. 42 (1984) pp. 50-81.

<sup>171</sup> Esta es la tesis mantenida en varios trabajos por M. H. OLGIVIE. En concreto en “Adler v. Ontario: Preconceptions, Myths (or Prejudices) about Religion in the Supreme Court”, op. cit.

<sup>172</sup> Vid. las consideraciones del Juez Iacobucci pp.648-641 y del Juez Sopinka, *Adler*, 685.

<sup>173</sup> Vid. M. D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press (1997) pág. 360.

la siguiente manera <sup>174</sup>: (a) Conforme a los principios generales de organización, el artículo 93 está basado e inspirado en unos valores cristianos, tanto católicos como protestantes. El artículo 93 se describe como “grandfather clause” puesto que mantiene privilegios “frozen in time”, garantizados en época de la Confederación; (b) Aunque el artículo 93 ha sido objeto de numerosos litigios sobre el control y la gestión de las escuelas públicas separadas, aún permanece sin aclarar los límites de la autonomía de estas escuelas. Los tribunales han confirmado que las escuelas no son completamente ajenas al control de los poderes provinciales; (c) Como señaló el Abogado General de Québec <sup>175</sup>, el artículo 93 confiere a católicos y protestantes el derecho a disentir (mediante la creación de escuelas separadas) y además: 1. a establecer escuelas católicas y protestantes, gestionarlas y enseñar la religión católica o protestante; 2. contratar profesores y admitir alumnos católicos o protestantes, según el caso, y 3. el derecho a beneficiarse de exenciones de impuestos.

En el resto de las provincias no existe garantías específicas para las escuelas separadas religiosas y la negativa del Estado canadiense a subvencionarlas no plantea problemas con el derecho de libertad religiosa. La doctrina actual considera que no será constitucionalmente exigible esta financiación porque el Estado no financia las escuelas privadas (sean o no religiosas), sin perjuicio de que el Estado opte por hacerlo, siempre y cuando lo haga respetando el principio de igualdad.

A diferencia del artículo 93, la Carta de Derechos Fundamentales está basada en principios que evolucionan con el tiempo. El principio de libertad religiosa y el de no-discriminación están fundamentados en unos valores que deben ser preservados de cualquier cambio o reforma constitucional. Ahora bien, hay que plantearse el espíritu del artículo 93: si este es el de mantener un sistema educativo inspirado en la religión, resultaría incompatible la Carta de derechos y con los textos internacionales de derechos humanos; si por el contrario, es favorecer y proteger a las minorías religiosas en un sistema público secular, puede estar justificado desde el punto de vista histórico y haría falta su revisión histórica.

La extensión del sostenimiento público a cualquier escuela religiosa lleva el riesgo de atomizar un sistema que promueve y educa en unos valores comunes basados en la tolerancia y en el respeto a la diferencia. En ocasiones, promover la atomización es promover la diferencia. Además, este sostenimiento sería inviable desde el punto de

---

<sup>174</sup> Vid. W. FOSTER y W. J. SMITH, “Religion and Education in Canada: Part II”..., cit. pp. 2-4.

<sup>175</sup> *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, 83 D.L.R. (3<sup>rd</sup>) 679 (C. A. Que.), 553.

vista económico. Sin embargo, si el debate sobre las escuelas confesionales se plantea junto al debate sobre el multiculturalismo en la sociedad canadiense, quizás podrían articularse otras salidas. Es más costoso acomodar a todas las religiones pero tampoco puede optarse por su exclusión. El principio sobre el multiculturalismo implica una actitud activa estatal con el objetivo de integrar a las minorías en la sociedad. Este principio ayuda a entender el derecho de libertad religiosa de manera extensa, fomentándolo y desarrollándolo.

### 3. EL RECONOCIMIENTO DEL MULTICULTURALISMO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

#### 1. Los antecedentes del artículo 27 de la Carta de Derechos y Libertades

Desde los años 40 la cuestión del multiculturalismo ha estado presente en el debate político en la sociedad canadiense<sup>176</sup> como consecuencia de las numerosas oleadas de inmigrantes a este territorio. El Gobierno, sensibilizado por esta cuestión, no aborda directamente el fenómeno hasta que la Comisión Real sobre Bilingüismo y Biculturalismo en los años 60 presenta, en su Informe del año 1969, la propuesta de modificar el nombre de la misma Comisión: sustituir Biculturalismo por Multiculturalismo<sup>177</sup>. La Comisión recomendó el mantenimiento del patrimonio cultural mediante el fortalecimiento de las cláusulas de no-discriminación, la promoción de otras culturas e idiomas en las instituciones educativas y la creación de agencias especializadas en la promoción de la identidad plural-cultural de Canadá.

Como resultado del trabajo de la Comisión, sus recomendaciones fueron puestas en funcionamiento en 1971, por el Gobierno canadiense a través de la llamada "multiculturalism policy". Esta política pública pretendía conseguir cuatro objetivos<sup>178</sup>: 1.

---

<sup>176</sup> Vid. J. E. MAGNET, "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27" en *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, cit. (1989) pp. 739-780 en pág. 742.

<sup>177</sup> El Informe titulado *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* señalaba literalmente: "the presence in Canada of many people whose language and culture are distinctive by reason of their birth or ancestry represents an inestimable enrichment that Canadians can not afford to lose" (..) "a number of cultural groups in Canada possess a clear sense of identity. They want, without in any way undermining national unity, to maintain their own linguistic and cultural heritage", Canada, *Report of the Royal Commission ...*, Vol. IV, pp. 8-14.

<sup>178</sup> Se enumeraron de la siguiente manera: "(1) resources permitting to assist all Canadian cultural groups that had demonstrated a desire and effort to continue to develop a capacity to grow and contribute to Canada, and a clear need for assistance; (2) to assist members of all cultural groups to overcome cultural barriers to full participation in Canadian society; (3) to promote creative

Proporcionar todos los recursos necesarios para eliminar discriminaciones; 2. Promocionar la autonomía cultural; 3. Sostener el mutuo entendimiento entre los grupos culturales y 4. Asistir a la integración y adaptación de estos grupos en la sociedad canadiense. Estos cuatro objetivos inspirarían las políticas emprendidas por el Gobierno que, hasta junio de 1978, no había considerado este tema de relevancia constitucional. Cuando el Gobierno federal introdujo el *Bill C-60*, introdujo en la Declaración de Propósitos de la Federación Canadiense la siguiente mención: “Asegurar en todo el territorio el respeto igual por todos los credos, orígenes y culturas que integran la sociedad”.

A partir de 1980, cuando se inician los debates en el proceso constituyente de la nueva Ley Constitucional de 1982 se omite la referencia a esta Declaración de Propósitos. Posteriormente, tras las propuestas y los debates constitucionales, se adopta el artículo 27 que reza de la siguiente manera: “Preservación de la pluralidad cultural: La Carta se interpretará de modo que sea compatible con la preservación y fomento del patrimonio cultural de signo pluralista de los canadienses”.

En opinión de Hudson<sup>179</sup>, la falta de consenso en los trabajos preparatorios y en las políticas sobre multiculturalismo adoptadas en los años setenta han dificultado la creación de unos criterios de ayuda para interpretación del artículo 27. Por lo tanto, las interpretaciones vertidas por la jurisprudencia y la doctrina han sido de lo más variadas. Lo que por consenso se ha llegado apreciar entre la doctrina es la influencia del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la redacción del artículo 27 de la carta canadiense<sup>180</sup>. Canadá ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1976 y la influencia de este artículo en la casuística se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia en numerosas ocasiones<sup>181</sup>. El estudio del artículo que

---

encounters and interchange among all Canadian cultural groups in the interest of national unity; and (4) to continue assistance to immigrants to acquire at least one of Canada's official languages in order to become full participants in Canadians society”, Canada, *House of Commons Debates*(October 8, 1971).

<sup>179</sup> Vid. los antecedentes y los debates que suscitó el artículo en M.R. HUDSON, “Multiculturalism, Government Policy and Constitutional Enshrinement -A Comparative Study-” en *Multiculturalism and the Charter: A Canadian Legal Perspective*, Canadian Human Rights Foundation, Carswell, Toronto, (1987) pág. 59.

<sup>180</sup> J. E. MAGNET, “Multiculturalism and Collective Rights...”cit, pp. 745-751.

<sup>181</sup> *R. contra Videoflicks*, caso cit, en p. 20 (O.A.C.); *R. contra Big M Drug Mart Ltd.*(1984), 5D.L.R. (4<sup>th</sup>) 121 en 149 (Alta C.A.); *R. contra Konechny*(1983), 6 D.R.L. (4<sup>th</sup>) 350 en 359

hizo Capotorti en su Informe <sup>182</sup> y el trabajo del Comité de Derechos Humanos sirvieron para descartar del enunciado del artículo canadiense los problemas que había presentado el artículo 27 del Pacto. De esta manera se evitó usar la fórmula negativa del artículo 27 así como dirigir las garantías del artículo directamente a personas o grupos. El enunciado se dirigió al mantenimiento y al fortalecimiento del patrimonio cultural de todos los canadienses. Las obligaciones para el Estado, que derivan del artículo, dependerán del alcance que se le dé al mismo en el momento de su aplicación. En opinión de Magnet, la jurisprudencia canadiense sobre la cuestión y la interpretación del Comité de Derechos Humanos deberían avanzar en mutua simbiosis <sup>183</sup>.

En la primavera de 1985, el *Department of Canadian Heritage*, formuló las políticas públicas necesarias para el desarrollo de *Canadian Multiculturalism Act*, promocionando la igualdad de participación en la ciudadanía de todos los canadienses y alentando el sentimiento de pertenencia al mismo país. La *Canadian Multiculturalism Act*, votada por unanimidad, se promulgó por el Parlamento de Canadá en 1988. En el Preámbulo <sup>184</sup> se declara el objetivo de preservar el multiculturalismo promocionando el reconocimiento de

---

(B.C.C.A.) subió en apelación al TSC y fue rechazado; *R.W.D.S.U., Local 544 contra Saskatchewan*(1985), 39 Sas. R. 193 en 218-219 (C.A.) en el TSC, 56, Sask. R. 277 (S.C.C.). El TSC citó el PIDCP en *R. contra Oakes* como una referencia que debe ser observada por la jurisprudencia.

<sup>182</sup> F. CAPOTORTI, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev. 1 publicado por Servicio de Publicaciones de Naciones Unidas, Nueva York (1991).

<sup>183</sup> J. E. MAGNET, "Multiculturalism and Collective Rights..." cit. pág. 751. Para estudiar la importancia de los textos internacionales en los tribunales canadienses, vid. A. F. BAYEFSKY, "International Human Rights Law in Canadian Courts" en I. COTLER y F.P. ELIADIS, *International Human Rights Law, Theory and Practice*, The Canadian Human Rights Foundation, Montreal (1992) pp. 115-157; y para la influencia de estos en la Carta de Derechos y Libertades canadiense, M. COHEN, "Reflections on Human Rights, the Canadian Charter and International Influences" en I. COTLER y F.P. ELIADIS, *International Human Rights...*, cit. pp. 159-168.

<sup>184</sup> "...the Government of Canada recognizes the diversity of Canadians as regards to race, national or ethnic origin, colour and religion, as fundamental characteristic of Canadian society and is committed to a policy of multiculturalism designed to preserve and enhance the multicultural heritage of Canadians while working to achieve the equality of all Canadians in the economics, social, cultural and political life of Canada..." [http://www.pch.gc.ca/multi/ann\\_96/96/english/app-b-e.htm](http://www.pch.gc.ca/multi/ann_96/96/english/app-b-e.htm): *Appedinx B: About the Canadian Multiculturalism Act*.

la diversidad etnocultural. Y para proteger la efectiva realización de la igualdad se ha creado la *Canadian Human Rights Comisión*(CHRC) encargada de velar por el *Canadian Human Rights Act* y por el *Canadian Multiculturalism Act* <sup>185</sup>.

## 2. El contenido del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales

El constitucionalista Hogg ha sido el crítico más feroz contra una interpretación sustantiva del artículo 27 <sup>186</sup>. En su opinión, no tiene sentido buscar una intencionalidad constitucional en su enunciado, ni tampoco fuerza jurídica en la expresión “el patrimonio multicultural de los canadienses” <sup>187</sup>. Esta interpretación se ha visto reforzada por Brotz <sup>188</sup> quien opina que la política del multiculturalismo no puede entenderse hasta que no se alcance un acuerdo sobre el término cultura e insiste que Canadá no tiene pluralidad de culturas sino únicamente un problema lingüístico con Québec.

En principio, del estudio del artículo 27 se desprende que es un precepto que incluye un principio de interpretación constitucional, como otros artículos de la Carta <sup>189</sup>. Es decir, puede ser directamente invocado ante los tribunales cuando se vea amenazado “el patrimonio cultural de los canadienses” desde un punto de vista negativo. Sin embargo, hay que añadir que el mantenimiento de un patrimonio cultural podrá requerir no sólo una actitud pasiva del Estado, sino también una postura activa que obligue al Estado a tomar medidas positivas para preservar las culturas.

En cualquier caso, el primer problema consiste en que del enunciado del artículo no se extrae un derecho claramente delimitado, ni un principio constitucional que pueda ser de ayuda a los tribunales. El artículo 27 está pensado para orientar al poder judicial a la hora de interpretar todo el sistema de derechos de la Carta, pero no se ha acordado el alcance de la influencia que ejerce este artículo, como tampoco las obligaciones jurídicas

---

<sup>185</sup> <http://www.pch.gc.ca/multi/ann96-97/english/justic-e.htm>: *Justice and Legal Affairs*.

<sup>186</sup> Vid. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada; Canada Act, 1982 Annotated*, Carswell, Toronto (1982). También es de la misma opinión, M. HUDSON, op. cit.

<sup>187</sup> Ibid, P. HOGG, pág. 72.

<sup>188</sup> H. BROTZ, “Multiculturalism in Canada: A Model” en *Canadian Public Policy*, vol. 6, (1980) pp. 41-52.

<sup>189</sup> El más significativo de ellos es el artículo 29 que señala que nada en la Carta de Derechos puede derogar otros derechos específicos que se hayan reconocido con anterioridad.

que del mismo se extraen. Por esta razón, Magnet analiza el artículo a la luz de lo que él llama los “principios mediadores”<sup>190</sup>. Estos principios mediadores del multiculturalismo que ayudarían al poder judicial a interpretar el artículo 27 deben reunir tres condiciones: 1. Deben ser capaces de reconciliar los intereses de la mayoría y de las minorías, moderando la influencia de la mayoría sobre los intereses de los grupos minoritarios; 2. Un principio mediador del multiculturalismo debe asegurar la autonomía necesaria para las diversas minorías, con la excepción puesta en aquellas que amenacen la unidad nacional; 3. Estos principios deben ser asequibles como herramientas básicas de trabajo para cualquier tribunal. Magnet elabora tres “principios mediadores” que pasamos a detallar: el principio de no-discriminación, el valor simbólico del grupo o de la etnia y la capacidad autorganizativa del grupo.

### 2.1. El principio de no-discriminación

Según una interpretación estricta del artículo 15, que es el destinado a garantizar la plena igualdad entre todos los individuos, las garantías del mismo irían dirigidas exclusivamente al individuo y no a los grupos. Sin embargo, la existencia del artículo 27, que contiene también implícitamente el principio de no-discriminación, en combinación con el artículo 15, hace extensible esta protección a los grupos<sup>191</sup>. Es lógico que cualquier sistema que preste atención, desde un punto de vista jurídico, al mantenimiento de la identidad cultural de los grupos tenga en consideración el principio de no-discriminación. Si el grupo cultural sufre desventajas con respecto a grupos terceros o a la mayoría, resulta previsible una tendencia hacia la asimilación y no hacia el mantenimiento de las diferencias culturales. De igual modo, si el grupo no cuenta con el apoyo necesario, no podrá acceder a la interacción con otros grupos en los asuntos públicos, e irá progresivamente segregándose o bien diluyéndose en la mayoría. El

---

<sup>190</sup> El concepto de “mediating principles” lo desarrolló OWEN FISS en un trabajo titulado “Groups and the Equal Protection Clause” en relación con el principio de igualdad y los defendía de la siguiente manera: “Mediating principles 'stand between' the courts and the Constitution to give meaning and content to an ideal embodied in the text. These principles are offered as a paraphrase of the particular textual provision, but in truth the relationship is much more fundamental. They give the provision its only meaning as a guide for decision. The words (of the equal protection clause) do not state an intelligible rule of decision. In that sense the text has no meaning (...) This ambiguity has created the need for a mediating principle, and the one chosen by courts and commentators is the antidiscrimination principle”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5 en pág. 107.

<sup>191</sup> J. E. MAGNET. “Multiculturalism and Collective Rights...”, cit pág. 756.

artículo 15 prevé las correcciones para las desventajas sufridas por el individuo. Recordemos que el derecho a la igualdad debe entenderse de manera extensa: 1. prevenir la discriminación. 2. eliminar la discriminación y 3. llevar a cabo programas de “afirmación positiva”. Además, las medidas positivas destinadas al mantenimiento de la cultura de los grupos conferirían beneficios a unos sobre otros con la finalidad de corregir desventajas. Este trato diferencial haría teóricamente incompatible el principio de estricta igualdad y el principio del multiculturalismo. Sin embargo, una interpretación extensiva del principio de igualdad atiende a los resultados; es decir, el principio de igualdad sería respetado cuando todos y cada uno de los grupos gocen de los recursos necesarios para el desarrollo de su identidad y disfruten de los mismos resultados.

## 2.2. El valor simbólico del grupo o de la etnia

Un aspecto esencial que requiere el uso de un principio mediador es el concepto “patrimonio cultural” del grupo. El patrimonio cultural o religioso de un grupo es un valor en sí mismo para la identificación del individuo, miembro de este grupo. El individuo se identifica con el grupo, con su herencia e historia, sea mediante una opción individual o como resultado de una pertenencia desde el nacimiento, por ello, la interacción individuo-comunidad es fundamental. Cualquier ataque al patrimonio cultural del grupo, ya sea a sus instituciones o a su autonomía interna, implica un ataque a la identidad del propio individuo. Al amparo de este principio mediador, los tribunales prestarán gran atención a todas las necesidades específicas de los grupos relacionadas con el mantenimiento de la identidad, así como a todo lo necesario para que el individuo acceda a las actividades del grupo. Esto significa que los tribunales facilitarán todas las medidas que permitan las actividades culturales<sup>192</sup>, así como las religiosas prescritas en el artículo 2 de la Carta.

## 2.3. La capacidad organizativa de la etnia

Este principio se refiere a la capacidad que posee el grupo para preservar su identidad, resistir a la asimilación de la mayoría y propagar sus creencias y sus prácticas. Significa algo más que el valor simbólico de la etnia porque conlleva la edificación de las infraestructuras necesarias para mantener, sostener y desarrollar la identidad colectiva. Requiere que, por lo menos, los grupos cuenten con los siguientes mecanismos: 1. Una estructura política para que el grupo interactúe con otros grupos; 2. Estructuras

---

<sup>192</sup> Vid. L. ROBERTS Y R. CLIFTON, “Exploring the Ideology of Canadian Multiculturalism” en *Canadian Public Policy*, vol. 8 (1982), pp. 88-107 en pp. 89-90.

económicas que permitan al grupo resistir a la presión de las fuerzas económicas del mercado; 3. Estructuras educativas, religiosas y benéficas que permitan la propagación de las creencias del grupo; 4. Los mecanismos jurídicos necesarios para caracterizar al grupo, por ejemplo, el control legal sobre los requisitos de admisión o de expulsión; 5. Los mecanismos jurídicos que permitan proteger a los miembros de influencias y presiones externas, por ejemplo, las garantías necesarias para mantener las normas y estructuras internas de los huteritas. Tres ejemplos de este principio son: el caso *Caldwell contra Stuart*<sup>193</sup>, el caso *Trinity Western University* y la legislación sobre la propiedad comunal de los Huteritas.

1. *Caldwell contra Stuart* no se sustanció bajo la Carta de derechos de 1982 y no pudo alegarse el artículo 27. Sin embargo, es representativo de la actitud que adoptó el TSC. En este caso, la demandante, profesora de un colegio católico, consideró que su derecho a la libertad religiosa había sido vulnerado tras haberse negado el colegio a renovar el contrato porque había contraído matrimonio civil con un divorciado. El TSC falló a favor de la Iglesia: “teniendo en cuenta la naturaleza especial y los objetivos del colegio parece razonable que aceptar las normas específicas de la iglesia en materia matrimonial sea necesario para alcanzar los objetivos de la institución”<sup>194</sup>. En este caso no es relevante si el colegio recibía fondos y subsidios del Gobierno.

Con la Carta de Derechos en vigor, los tribunales han confirmado que las instituciones religiosas, en concreto, las de enseñanza, están exentas del principio de no-discriminación en relación con la contratación de trabajadores afines al ideario de los centros. En varios casos que examinaron la posición de las escuelas separadas en el sistema público de enseñanza, surge la cuestión de la contratación del personal de la institución. En *Garrod v. Rhema Christian School*<sup>195</sup>, se mantuvo el despido de una profesora, cuya relación sentimental según la *common law* la situaban en una “conflicto flagrante con los valores éticos y morales cristianos”. En *Parks v. Christian Horizons*, un trabajador de fue despedido de una organización evangelista por mantener una relación extramatrimonial. El Tribunal estimó improcedente el despido porque la organización no había puesto en conocimiento del trabajador estas políticas del centro. En *Kearly v. Pentecostal Assemblies Board of Education*, una profesora de esta escuela pentecostal

---

<sup>193</sup> *Caldwell contra Stuart*(1984) 2. S.C.R. 603.

<sup>194</sup> *Ibid.* 625.

<sup>195</sup> *Garrod v. Rema Christian School*(1990), 15 C.H.R.R. D/477 (Ont. Bd of Inq.).

fue despedida por casarse después de un divorcio. Se sostuvo este despido al demostrarse los avisos previos que la trabajadora había recibido por parte del colegio.

Los casos más recientes sobre la adecuación del trabajador al tipo de trabajo a los requisitos que imponen los centros religiosos a la hora de la contratación y el despido revisten mayor interés. En los siguientes casos se planteó si la institución religiosa puede sustraerse del principio de no-discriminación en el caso de que el desempeño del trabajo no exija reunir los requisitos idearios del centro. En *O.E.C.T.A. v. Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board*<sup>196</sup> se revisa las conclusiones del fallo del caso *Gore v. Ottawa Separate Schools Board*<sup>197</sup> en el que el tribunal estimó improcedente el despido de un secretaria de un colegio público al no ser católica. El colegio insistía que este requisito era necesario para “mantener la atmósfera católica”. Por el contrario, en un caso reciente, *Schroen v. Steinbach Bible College*<sup>198</sup>, se mantuvo el despido de un contable de un college menonita. A pesar de que su trabajo no estaba relacionado con el ideario o con la enseñanza, se esperaba que todos los empleados participaran en las actividades religiosas.

Parece evidente que las instituciones privadas pueden establecer los requisitos de admisión más oportunos con la identidad del grupo. En el caso de instituciones que reciben fondos públicos, que es el caso de las escuelas separadas, las llamadas BFOQ están justificadas siempre y cuando guarden estrecha relación con el desempeño del trabajo.

2. Las comunidades huteritas han sufrido considerables discriminaciones a lo largo de la historia canadiense, desde que se instalaran en 1528<sup>199</sup>. En general, han estado motivadas por su modo particular de vida basado en una estricta ética religiosa<sup>200</sup>. En

---

<sup>196</sup> *O.E.C.T.A. V. Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board*, 128 D.L.R. (4<sup>TH</sup>) 179 (Ont. Div. Ct.), confirmada (1999), 42 C.C.E.L. (2D) 22 (Ont. C. A.).

<sup>197</sup> *Gore v. Ottawa Separate School Board*(Diciembre, 1971).

<sup>198</sup> *Schoren v. Steinbach Bible College*(1999), 35 C.H.R.R. D/1 (Man. Bd. of Adjudication).

<sup>199</sup> Hay que destacar en especial la *Lands Sales Prohibition Act* de 1942 que declaraba a los huteritas enemigos públicos y prohibía venderles propiedades de tierra.

<sup>200</sup> Dos de los trabajos mejores sobre los huteritas son: H. BOLDT, “Maintaining Ethnic Boundaries: The Case of the Hutterites” en R. N. BIENVENUE Y J. E. GOLDSTEIN, *Ethnicity and Ethnic Relations in Canada*(2ª ed.) Butterworths, Toronto (1985) en pág. 91 y ss y J. M. FRIESEN, *When Cultures Clash. Case Studies in Multiculturalism*, Detseling Enterprises Limited, Calgary, Alberta (1989) pp. 123-143. En esta última obra se explican los orígenes de las comunidades de los

estas comunidades se prescinde de todos los avances de la modernidad: electrodomésticos, televisiones, radios, diversiones y educación universitaria. Están fuertemente estructuradas bajo la autoridad religiosa y las mujeres se encuentran excluidas en la toma de decisiones públicas. La comunidad asume todas las competencias en materias educativas, de gestión de los bienes públicos y derechos de propiedad. Cuando existan contradicciones entre los valores de la Carta de Derechos y los valores de las comunidades huteritas, el artículo 27 ayudará a entender el valor de las estructuras de la comunidad étnica frente a los derechos individuales de la Carta de derechos o de los Códigos de Derechos Humanos de las provincias. En una sentencia del TSC, anterior a la entrada en vigor de la Carta de Derechos y Libertades, *Walter et al. contra Attorney-General of Alberta*<sup>201</sup>, se discutió la constitucionalidad de una ley de Alberta, *Communal Property*, que restringía el derecho a adquirir propiedades de tierra a las comunidades huteritas y a otras instituciones de carácter comunal. El TSC sentenció por unanimidad que la provincia de Alberta gozaba de plena competencia para legislar en materia de propiedad y derechos civiles en la provincia, tal y como se establecía en el artículo 92 (13) del Acta Constitucional de 1867. Los fundamentos de derecho, redactados por el Juez Martland, hacen especial énfasis en que la ley de Alberta no buscaba en ningún modo perjudicar las normas internas de las comunidades huteritas, aunque reconocía que “el tipo de vida en colonias y la titularidad colectiva de las tierras agrícolas eran características de un grupo específico religioso”<sup>202</sup>. Se entendió que la ley no puede considerarse de carácter religioso, ni tampoco tenía intención religiosa, de modo que no adolecía de posible inconstitucionalidad puesto que entraba en las competencias de las provincias legislar sobre derechos reales<sup>203</sup>. Además, en el

---

huteritas, su estilo de vida, sus costumbres, organización interna y educación. También este libro dedica un capítulo al estudio de los menonitas, otro de los grupos anabaptistas que se establecieron en Norteamérica. Existe una gama diversa de grupos menonitas, atendiendo a su origen alemán, o suizo o eslavo. Estos regentan sus propias escuelas, colleges aunque, hoy en día, están experimentando una fuerte asimilación con la sociedad mayoritaria.

<sup>201</sup> *Walter et al. v. Attorney-General of Alberta*(1969), 3 D.L.R. (3d) 1 (SCC).

<sup>202</sup> *Ibid.* en p. 5.

<sup>203</sup> Es interesante transcribir algunos párrafos de la sentencia: “It was submitted by the appellants that the Act is aimed at preventing the spread of Hutterite colonies in Alberta, that, because the maintenance of such colonies is a cardinal tenet of the Hutterite religion, the Act seeks to deal with religion, and that the subject of religion is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada (...) With respect, I do not share this view (...) The purpose of the legislation in question

razonamiento jurídico de la sentencia adopta un concepto altamente restrictivo de religión: “la religión, como objeto de regulación legislativa (...) debe entenderse como ha sido generalmente entendida en Canadá; es decir, incluye: las materias de fe y de culto, la libertad relacionada con la profesión y la propagación de las ideas religiosas pero, en ningún caso, la libertad religiosa puede inducir a desobedecer las leyes provinciales relativas a derechos reales”<sup>204</sup>. En este caso, la jurisprudencia no tiene en cuenta el patrimonio cultural de signo pluralista -aunque no estuviese aun constitucionalizado- ni un concepto extenso de religión, como se pondría de manifiesto en *Edwards*.

3. El caso más reciente que ha fallado el TSC a favor de las instituciones religiosas ha sido *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*<sup>205</sup> en mayo del 2001. El TSC demostró una atención y sensibilidad especial por las necesidades de las instituciones religiosas cuando entran en conflicto con el sistema de educación pública y con el derecho de libertad religiosa. La controversia se desarrollaba entre el *British Columbia College of Teachers* (“BCCT”), que es el órgano de gobierno que supervisa la enseñanza en la provincia de British Columbia, y la Universidad *Trinity Western* (“TWU”), universidad privada fundada bajo principios religiosos. Uno de los requisitos del standard fijado por TWU para la admisión de estudiantes es la abstención por parte de éstos de prácticas homosexuales, como parte del código de conducta exigible a todos los estudiantes. La BCCT niega la acreditación al programa de enseñanza de TWU alegando que “el programa propuesto contiene prácticas discriminatorias que son contrarias al orden y al interés público”. El tribunal de primera instancia obligó a BCCT a aprobar la solicitud de TWU, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Apelación de British Columbia. La BCCT apeló al Tribunal Supremo Canadiense, que por 8 a 1 desestimó el recurso de la BCCT y ordenó aprobar el programa de enseñanza de la

---

here is to control the use of Alberta lands as communal property. While it is apparent that the legislation was prompted by the fact the Hutterites had acquired and were acquiring large areas of land in Alberta, held as communal property, it does not forbid the existence of Hutterite colonies (...) The Act is not directed at Hutterite religious belief or worship, or at the profession of such belief. It is directed at the practice of holding large areas of Alberta land as communal property, whether such practice stems from religious belief or not. The fact that Hutterites engage in that practice was the circumstance which gave rise to the necessity for the Legislature's dealing generally with the holding of land as communal property, but that does not mean that legislation controlling the holding of land in that way is not in relation to property in the Province of Alberta (...). Ibid. p. 6-9.

<sup>204</sup> Ibid. p. 9.

<sup>205</sup> *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC, 31.

TWU, siempre que el mismo respetara las condiciones generales establecidas por BCCT para todos los colleges.

Los jueces Iacobucci y Bastarache, por la mayoría, sostuvieron que la BCCT tenía competencia para determinar si los profesores tenían la cualificación necesaria para ejercer esta profesión, así como también para considerar todos los aspectos de los programas educativos de los colleges, incluidos los códigos de conducta. El TSC sostuvo que no hay prueba suficiente que indique que los estudiantes de TWU pudieran incurrir en prácticas discriminatorias. Además, no se pudo probar que el ambiente de TWU fuese contra el principio de igualdad. En cualquier caso, el artículo 15 de la Carta no sólo protege contra la discriminación por razón de sexo, sino también por motivos religiosos. A la falta de pruebas, hay que añadir –en opinión de la mayoría- que el artículo 2 de la Carta extiende la protección de la libertad religiosa a las instituciones religiosas. La legislación sobre derechos humanos de la provincia de British Columbia acomoda la libertad religiosa de estas instituciones, permitiéndoles favorecer a miembros de su religión en las políticas de admisión<sup>206</sup>. De mantener las restricciones de la BCCT, TWU y sus estudiantes estarían siendo privados de expresar sus creencias religiosas. Estas restricciones a la libertad religiosa no están justificadas puesto que no hay evidencias, que de los patrones de conducta religiosa de TWU, se esté perjudicando el sistema de enseñanza público.

Con esta decisión, el TSC confirma el lugar de las instituciones religiosas en Canadá y atiende a las particularidades de éstas en sociedades multiculturales. Para que el pluralismo sea respetado, hace falta acomodar las prácticas religiosas de las minorías, por esta razón, esta decisión supone la afirmación de las exenciones que recogen las legislaciones sobre derechos humanos en relación con la libertad religiosa. La mayoría del TSC se adhiere a una lectura amplia de “igualdad” y “discriminación” confirmando el derecho de las instituciones religiosas a discrepar, por motivos religiosos, de políticas generales destinadas a todas las instituciones de enseñanza.

De estos tres principios, este último es el más relevante para justificar la existencia de los derechos colectivos es el último de ellos. Los derechos colectivos religiosos por excelencia son: el derecho a existir como grupo y el derecho a mantener la identidad que le es propia. A través de la autonomía institucional, los grupos consolidan sus tradiciones y desarrollan libremente su identidad colectiva.. Sería difícil concluir que del artículo 27

---

<sup>206</sup> Para un análisis detenido sobre el caso, vid. H. M. G. PATERSON, “The Justifiability of Biblically based Discrimination: Can Private Christian Schools Legally Refuse to Employ Gay Teachers”, *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 59 (2001) pp. 253-277.

de la Carta deriva la existencia de estos derechos en el ordenamiento jurídico canadiense.

La Carta de Derechos Fundamentales está inspirada por la filosofía individualista de la *American Bill of Rights* de 1791. Esta afirmación se observa en *R. contra Big M. Drug Mart Ltd.* cuando el TSC alude al objetivo central de la Carta de Derechos: “(...) el énfasis sobre la conciencia individual y el respeto por los juicios individuales laten en el corazón de nuestra tradición democrática (...)”<sup>207</sup>. Sin embargo, la constitución canadiense tiene una naturaleza única porque está inspirada en los principios de la doble nación inglesa-francófona y en el pluralismo cultural. El compromiso con el pluralismo cultural se observa en la creación de regímenes especiales autónomos para los nativos, en el sistema de escuelas separadas, y en la protección general para las minorías lingüísticas y para el idioma de determinadas minorías lingüísticas en distritos electorales concretos<sup>208</sup>. Esta tradición de respeto al pluralismo cultural se reforzó con la promulgación de la Carta, en la que en un tercio de las disposiciones se alude a los derechos de grupos semiautónomos<sup>209</sup>.

A pesar de este reconocimiento teórico y de la tradición que lo respalda, los textos constitucionales son tan excesivamente generales que ha impedido que el poder judicial se incline a reconocer en los tribunales los derechos colectivos. No ha habido prácticamente casos sobre derechos colectivos en los que las minorías hayan ganado<sup>210</sup>. Y en aquellos en los que se consiguió, las minorías no alcanzaron sus objetivos<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> *Big M.* p. 346.

<sup>208</sup> Para un análisis exhaustivo de los derechos colectivos y la autonomía de las instituciones de los grupos, vid. J. E. MAGNET, “Collective Rights, Cultural Autonomy and the Canadian State” en *McGill Law Journal*, vol. 32 (1986) pp. 170-185.

<sup>209</sup> Vid. las disposiciones de la Carta siguientes: del artículo 16 al 23, el 25, el 27 y el 29 y las Partes II, IV y IV.1 del Acta Constitucional de 1982.

<sup>210</sup> Algunos son: *Winnipeg v. Barret*(1892) A.C. 455 (P.C.); *Ottawa Roman Catholic Separate School Trustees v. Mackell*(1917) A. C. 62 (P.C.); *Tiny Roman Catholic Separate School Trusteed v. R.*(1928) A. C. 363 (P.C.); *Robin v. College de St-Boniface*(1986), 15 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 198 (Man. C.A.), se rechazó la apelación en TSC en 1986, 21 C.R.R. 384n (S.C.C.); *MacDonald v. Montreal(City)*, (1986) 1 S.C. R. 460; *Société des Acadiens du Nouveau Brunswick Inc. v. Assn. of Parents for Fairness in Education*, (1986) 1 S.C.R. 549.

<sup>211</sup> *Brophy v. A.G. Manitoba*, (895) A.C. 202 (P.C.); *Pellant v. Hebert*(1981), 12 R.G.D. 242; *Bertrand v. Dussault*(30 de enero de 1909) puede encontrarse en *Re. Forest and Registrar* of

Una de las razones es que la mayoría de los derechos de la Carta actúan en su vertiente negativa, es decir, simplemente imponen límites al Gobierno para que no atenten contra los derechos fundamentales. Sin embargo, los derechos colectivos requieren una actuación pública, desde las instancias gubernamentales, que se traduzcan en medidas positivas a favor de las estructuras adecuadas para el mantenimiento de la identidad religiosa y cultural de los grupos, y para su sostenimiento económico público.

Dada la dificultad para hacer valer un enfoque desde la perspectiva de los derechos colectivos dirigidos a los grupos en los tribunales, sería conveniente que el enunciado del artículo 27 se interpretara de modo que se respete y se permita “el mantenimiento y el desarrollo” de la identidad cultural de los grupos. Para garantizar esto es necesario facilitar la participación del individuo en la vida del grupo puesto que es la manera de reforzar la identidad, la pertenencia y el sentido de comunidad. En Canadá, este sentido de identificación con el grupo ha sido lo suficientemente fuerte para influir en la redacción de las disposiciones de la reforma constitucional de 1982. Estos grupos deben disponer de una autonomía suficiente para mantener su homogeneidad aunque existen casos en los que la conservación de la autonomía del grupo puede colisionar con los derechos individuales. En tal caso, habrá que estudiar si, por un lado, el artículo 27 se aplica directamente junto al derecho de la Carta en litigio, para completarlo o matizarlo; o bien, por otro lado, se aplica directamente junto al artículo 1. Como vimos el artículo 1 reconoce que los derechos de la Carta no son absolutos pues “quedan a reserva únicamente de los límites razonables que se establezcan por la ley, en la medida en que se puedan justificar satisfactoriamente en una sociedad libre y democrática”. Si el artículo 27 se aplicara al artículo 1 <sup>212</sup>, se alteraría el estándar mínimo de respeto por la libertad individual exigido al Gobierno, a favor de las necesidades para preservar la identidad de los grupos autónomos. Esta solución podría ser peligrosa porque daría excesivo poder y arbitrariedad a los grupos.

En mi opinión, el alcance del artículo 27 se estudiará caso por caso sin olvidar su objetivo: preservar la identidad de los grupos que no tienen garantizada constitucionalmente la protección de su identidad. Los nativos, las minorías lingüísticas y las escuelas separadas encuentran sus garantías directamente en la letra de la Constitución. Para el resto de grupos -en este estudio, los grupos religiosos- se ha

---

*Manitoba Court of Appeal*(1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (man. C.A.); *A.G. Manitoba v. Forest*, (1979) 2 S.C.R. 1032; *Reference re Manitoba Language Rights*(1985) 1 S.C.R. 721.

<sup>212</sup> Esta es la solución que da J. E. MAGNET, “Multiculturalism and collective Rights...”, cit. pp. 74-75.

articulado el artículo 27, que no sólo ayuda a interpretar los acuerdos constitucionales históricos, sino que goza también de un contenido sustantivo ejecutable para las minorías que quieran conservar su identidad cultural colectiva. El Estado, por tanto, queda comprometido a tomar las medidas positivas necesarias para el mantenimiento y el desarrollo de la identidad del grupo, puesto que una actitud meramente pasiva abocaría a la mayoría de los grupos a la disolución y asimilación en la mayoría.

### **3. El artículo 27 en la jurisprudencia sobre libertad religiosa**

No existe una jurisprudencia elaborada y coherente en torno al multiculturalismo y a la libertad religiosa <sup>213</sup>. El artículo 27 ha sido interpretado de distintas maneras por los tribunales, en especial, en los casos sobre el cierre de los establecimientos en domingo.

En *R. contra Videoflicks*, el Juez Tarnopolsky concluye que “el hecho de que una ley vulnera la libertad religiosa si dificulta y hace más costoso el desarrollo de las prácticas religiosas se ve reforzado si, además, esta ley ni permite, ni ayuda, ni facilita el desarrollo de una cultura religiosa” <sup>214</sup>. En su opinión estima que el artículo sobre multiculturalismo debe ayudar a interpretar el alcance de la libertad religiosa, puesto que no hay duda de que la religión forma parte de la cultura en la mayoría de las sociedades. Menos consenso existe acerca de los efectos que este artículo produce.

El Juez Dickson interpreta el alcance del multiculturalismo en otros dos casos, ya citados, que llegaron al TSC. El primero, *R. contra Big M. Drug Mart Ltd.*, se revocó una ley federal que imponía el domingo como día de precepto descanso. El Magistrado Presidente, Juez Dickson, estimó que “aceptar que el Parlamento goza de la competencia para establecer un día de descanso de acuerdo con una religión está claramente en contradicción con la obligación de preservar y desarrollar el patrimonio multicultural de los canadienses” <sup>215</sup>. En el segundo, *Edwards Books and Art Ltd. contra*

---

<sup>213</sup> Para un recorrido por la jurisprudencia en otras materias y el artículo 27, véase el trabajo de E. D. PASK, “The Charter, Human Rights, and Multiculturalism in Common-Law in Canada” en J.W. BERRY y J.A. LAPONED, *Ethnicity and Culture in Canada: The Research Landscape*, University of Toronto Press (1994) pp. 125-152.

<sup>214</sup> *R. contra Videoflicks*, p. 25 (O.A.C.).

<sup>215</sup> *R. contra Videoflicks*, pp. 337-338. En párrafos más adelante se elabora su opinión de la siguiente manera: “As I read the *Charter*, it mandates that the legislative preservation of a Sunday day of rest should be secular, the diversity of belief and non-belief, the diverse socio-cultural backgrounds of Canadians make it constitutionally incompetent for the federal Parliament to

R.(apelación de *Videoflicks*), el TSC consideró el domingo como un día “secular” de descanso. En este caso, el Juez Dickson señaló la importancia del artículo 27 para estudiar el alcance del derecho de libertad religiosa e incluir dentro de su protección los efectos coercitivos tanto directos como indirectos en terceros. En su opinión, adoptar otra interpretación más restrictiva de la libertad religiosa iría contra las obligaciones que derivan del artículo 27. Por último, el TSC estimó que la *Retail Business Holidays Act* vulnera la libertad religiosa, ya que concede ventajas a los creyentes que practican los domingos frente a aquellos que practican los sábados. Sin embargo, esta ley no ha sido revocada porque entra en el ámbito de “los límites razonables” que describe el artículo 1, por esto, la misma contiene determinadas exenciones para establecimientos que cumpla ciertas condiciones.

En este último caso, la Jueza Wilson interpretó el artículo 27 de un modo distinto. En primer lugar, consideró que la ley *Retail Business Holidays Act* no se sostiene al amparo del artículo 1 porque las exenciones estaban previstas para determinados establecimientos y no eran extensibles a todos los miembros de minorías religiosas. Esto significa introducir “una distinción injusta dentro del grupo, a favor de miembros que tendrán la oportunidad de ligarse a las actividades culturales del grupo y miembros que no podrán hacerlo por no cumplir con los requisitos de la exención que prevé la ley”<sup>216</sup>. Por lo tanto, el artículo 27 expresamente impide que este caso se resuelva al amparo del artículo 1.

Por último, el Juez La Forest adoptó otra lectura del artículo 27. En su opinión, es necesario concentrarse más en el efecto que produce esta ley en la posición que tienen las minorías culturales *vis-a-vis* entre ellas que estudiar la posición privilegiada de la cultura religiosa mayoritaria. Los musulmanes constituyen un grupo de considerables dimensiones y ellos no practican ni los sábados ni los domingos, por lo tanto, “no se entiende por qué no se prevén exenciones para ellos como las previstas para los judíos o para los creyentes que practican los sábados. El enunciado del artículo 27, que favorece el multiculturalismo, tendría que obligar a abordar estas problemáticas desde este punto de vista”<sup>217</sup>.

---

provide legislative preference for any one religion at the expense of those of another religious persuasion” en 351.

<sup>216</sup> Ibid, J. WILSON (S.C.R.) en 804.

<sup>217</sup> Ibid. J. LA FOREST (S.C.R.) en 804.

Por otra parte, también los casos sobre los derechos de enseñanza de las minorías han servido para interpretar el artículo 27<sup>218</sup>. La Corte de Apelación de Ontario, cuando interpretaba la *Reference Education Act of Ontario and Minority Language Rights*, dotó al artículo 27 de un efecto constitucional imperativo: “A la luz del artículo 27, el artículo 23.3 (b) significa que los niños de las minorías lingüísticas recibirán su educación en las infraestructuras educativas adecuadas y necesarias de las que disponen su minoría lingüística. Sólo bajo estas circunstancias podrá afirmarse que se está respetando la cultura minoritaria”<sup>219</sup>. Sin embargo, el mismo Tribunal, en otro caso similar concerniente a la financiación total de las escuelas católicas, a través de la *Reference re an Act to Amend the Education Act (Ont)*<sup>220</sup>, sostuvo que el artículo 27 impedía al Gobierno prescribir unos beneficios a un grupo cultural, con exclusión del resto de ellos aunque no se haya formulado ninguna política pública al respecto<sup>221</sup>. Por último, el artículo 27 también se ha sostenido en los casos en los que se ha requerido el acomodo de las creencias en el ámbito laboral; en concreto en los casos en los que el problema venía de la mano del atuendo de los miembros de las minorías religiosas de los sikh<sup>222</sup>.

Podemos concluir que el principio del multiculturalismo del artículo 27 ha recibido atención por los tribunales en situaciones muy variadas y las respuestas han sido igualmente variadas. Resulta difícil afirmar que el enunciado del artículo 27 es el fundamento de los derechos colectivos religiosos, debido al temor que suscita esta

---

<sup>218</sup> Para un estudio de los derechos de las minorías religiosas en educación, vid. G-A. BEAUDOIN, “Les droits des minorités: mythe ou réalité? La protection constitutionnelle des minorités” en *Les Cahiers de Droit*, vol. 27 núm. 1 (1986) pp.31-55. En su opinión hay que ser prudentes a la hora de hablar de derechos colectivos pero no se puede ignorar la protección específica de las minorías religiosas, de los pueblos autóctonos y de las minorías lingüísticas.

<sup>219</sup> En (1984), 10 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 491, en 529 (Ont. C. A.).

<sup>220</sup> En (1986), 53 O.R. (2d) 513 (Ont. C.A.).

<sup>221</sup> “(...) As matter presently stand, no government policy has yet been formulated which takes into account the reality that denominational schools other than Roman Catholic exist in Ontario or which seeks to accommodate the Charter Rights of supporters of those schools or promote the proclaimed objective of s. 27 to preserve and enhance the multicultural heritage of Canadians”, *Ibid.* 562.

<sup>222</sup> Vid. *R. contra Hothi et al.*(1985), 35 Man. R. (2n) 159 (CA), rechazada la apelación en (1986) 43 Man. R. (2d) 240 (SCC).

expresión en la doctrina <sup>223</sup>. Por esta razón, me inclino a resaltar el valor del artículo 27 desde el punto de vista de los principios constitucionales informadores. Esto no quiere decir que actúe sólo a modo de cláusula interpretativa, sino que su presencia en el texto constitucional justifica la obligatoriedad y la fuerza vinculante de su enunciado para los poderes públicos y para el poder judicial. Estos principios informativos, que esclarecen el contenido del artículo 27, necesitan ser compartidos y consensuados por la doctrina. Sólo de este modo se salvará la inseguridad jurídica a la hora de su interpretación en los tribunales.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

El pluralismo religioso en Canadá es un hecho indiscutible desde el punto de vista sociológico. A la luz de la evolución histórica-política de la Confederación Canadiense, se ha observado que es una realidad que admite diferentes respuestas jurídicas. En un principio, el establecimiento de una gran variedad de comunidades religiosas provenientes de Europa significó la ausencia de un monopolio religioso exclusivo a favor de una única confesión. Cuando la Iglesia Anglicana y la Iglesia Católica pasan a convertirse en las dos hegemónicas, el resto ve reconocido el derecho a practicar sus respectivas creencias religiosas. Aunque este derecho no va acompañado de políticas positivas alentadoras del pluralismo religioso –más bien será un derecho en su vertiente

---

<sup>223</sup> J. ZYLBERBERG considera que no existen derechos colectivos de las minorías religiosas en Canadá: "(...) c'est-à-dire que nous revendiquons un État qui ne connaisse ni groupes majoritaires ni groupes minoritaires mais seulement des citoyens organisant eux-mêmes leur vie religieuse..." (pág. 59). En su trabajo "Le droit étatique des minorités religieuses" en *Les Cahiers de Droit*, vol. 27, núm. 1 (1986), pp. 57-79, afirma que si se sostiene los derechos colectivos de las minorías se estaría conculcando el principio de no discriminación: "il est possible d'affirmer que les intentions protectrices des groupes minoritaires, introduites dans le Charte canadienne et québécoise ou dans les lois particulières, ne remédient en aucun cas aux législations discriminatoires (...) Le cas canado-québécois ne fait que confirmer les observations qui peuvent être faites ailleurs: que ce soit sur un mode majeur ou mineur, la non-séparation de l'Eglise et de l'État et l'introduction de lois spéciales sur le minorités reproduisent inexorablement des minorités discriminées", pág. 78. Véase también en ese mismo número de la revista un artículo más favorable a los derechos de las minorías desde una perspectiva histórica: G. FAIRWEATHER, "The Rights of Religious Minorities" *Ibid*, pp. 89-100. Otro trabajo muy detallado sobre los derechos colectivos es el de P. CARIGNAN "De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec" en *R.J.T.* vol. 18 (1984) pp. 1-102. En la primera parte del trabajo titulado *La notion de droit collectif* (pp. 1-52) diferencia entre los derechos individuales de los miembros de las minorías y los derechos colectivos referidos a la enseñanza de la Carta de Derechos.

clásica negativa- se consolida la tradición del respeto por las diferencias que irá progresivamente tomando relevancia jurídica y proyección constitucional.

Se ha destacado que el espíritu de los Padres de la Confederación fue el de negociar y proteger constitucionalmente las diferencias religiosas, dada la importancia de esta cuestión, presente en toda su historia jurídica. Hoy en día es necesario plantearse el modo de adaptar este respeto histórico por las diferencias religiosas minoritarias a un contexto, en el que la pluralidad ha ido en aumento y la necesidad de la neutralidad del Estado deviene en una exigencia de respeto para esa misma diversidad religiosa. El sistema canadiense sirve de paradigma de los problemas que genera el costoso modelo del multiculturalismo, a la hora de entender los límites y el alcance de la libertad religiosa. Lo que he denominado "modelo canadiense" se caracteriza por ser el modelo de una sociedad ligada al pluralismo religioso desde sus orígenes, vinculada a los textos internacionales de derechos humanos, con una Carta de Derechos y Libertades Fundamentales que consagra el multiculturalismo como principio inspirador y con una actitud positiva y promotora del derecho de libertad religiosa.

Y el modelo canadiense nos ha enseñado en estas páginas que el acomodo del pluralismo religioso, tanto en su vertiente individual como colectiva, es exigible constitucionalmente mediante la combinación de la libertad religiosa, el principio de no-discriminación y el principio del mantenimiento del multiculturalismo; consagrados respectivamente en los artículos 2, 15 y 27 de la Carta de Derechos y Libertades. La defensa del "derecho al acomodo" comienza por el estudio de las leyes, reglamentos o normas administrativas de carácter general, aparentemente neutrales, que menoscaban el derecho de libertad religiosa de los grupos con menos influencia en la confección de las mismas. La novedad, a este respecto, es la respuesta de los tribunales canadienses: una ley de corte mayoritario, históricamente con perfil religioso, no es en sí misma inconstitucional, a menos que se demuestre los efectos coercitivos que ésta produce en los ciudadanos. Con este enfoque se ha intentado asegurar el mantenimiento de las tradiciones compatibles con el pluralismo contemporáneo. Aquellas leyes referidas a la observancia del domingo, claramente coercitivas para las minorías, se han revocado y aquellas referidas a la enseñanza religiosa, siempre que estén abiertas a la participación de todos los credos, se mantendrán, salvo prueba de coerción a terceros. La ausencia de una cláusula de no-establecimiento, como la estadounidense, en la Carta de Derechos y Libertades favorece el acomodo de las prácticas religiosas y la vinculación estatal en la promoción efectiva de la libertad religiosa.

En el ámbito laboral, el derecho al acomodo religioso se ha venido realizando mediante el ajuste, caso por caso, de los intereses de la marcha de la empresa y el coste para empresario que provocan las demandas de la libertad religiosa de los trabajadores.

Las recientes sentencias del TSC sobre el acomodo en el ambiente laboral han perfilado las exigencias que deben reunir determinados requisitos laborales (BFOQ) para no incurrir en discriminaciones indirectas. El avance en la jurisprudencia del TSC reside en la carga de la prueba. Esta carga recae en el empresario, quien estará sujeto a un test que pruebe la conveniencia de las medidas discriminatorias, dadas las características del trabajador y la del trabajo a desempeñar.

La enseñanza de la religión y el sostenimiento económico de escuelas de corte religioso con fondos públicos han puesto en funcionamiento la combinación de los preceptos constitucionales, antes mencionados. Canadá se hace eco de los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, acerca del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la educación adecuada a sus creencias religiosas, sin que este derecho lleve anexo una exigencia directa al Estado. Teniendo en cuenta los contenidos de los textos internacionales, la evolución del pluralismo religioso, la vinculación por los acuerdos históricos y la actitud positiva hacia el derecho de libertad religiosa, la doctrina mayoritaria considera que no puede exigirse constitucionalmente la financiación pública de escuelas religiosas -salvo lo garantizado históricamente- pero el Estado podrá hacerlo, siempre y cuando, quede garantizado el principio de igualdad.

A mi parecer, a este razonamiento puede añadirse cierta obligatoriedad jurídica para los grupos religiosos minoritarios, demandada por el principio interpretativo del artículo 27 de la Carta. La especificidad del contexto canadiense es la consagración de este principio en un texto constitucional, lo cual implica una actitud activa de defensa del pluralismo. Quiere esto decir que cualquier grupo religioso que demande ayudas institucionales para proteger su identidad religiosa, necesarias para evitar la asimilación con la mayoría, vincularía directamente al Estado. Ahora bien, sería inviable que el Estado atendiera a todas y cada una de ellas. Por este motivo, criterios importantes para valorar la oportunidad de las ayudas serían los recursos del grupo, la importancia de las instituciones educativas para el mantenimiento de la identidad y el peligro de asimilación.

Por último, la jurisprudencia canadiense ha venido perfilando el contenido de la expresión "integración de las diferencias" y un buen ejemplo ha sido la cuestión de las escuelas públicas de corte religioso. En *Adler contra Notario*, los jueces no tuvieron problema en admitir que, a diferencia de los EE.UU, el Estado puede financiar las escuelas de determinadas confesiones. En los votos particulares de los jueces McLachlin y L'Heureux-Dube se hace énfasis en las particularidades multiculturales y religiosas de la nación y en el valor de la diversidad. Mientras que para McLachlin es necesario alentar a todos los ciudadanos a participar en la escuela pública, foro de encuentro de la diversidad, para L'Heureux, una sociedad multicultural debe incorporar distintas opciones y experiencias, y el Estado debe protegerlas. Las comunidades judías de Ontario no

buscaban el aislamiento educativo de los menores sino una educación religiosa y secular, con cargos a fondos públicos. Es decir, los estudiantes de las escuelas públicas separadas solicitaban ser educados en una ciudadanía respetuosa con las diferencias religiosas, en ningún modo, anuladora o segregadora de las mismas. Por lo tanto, las minorías católicas de Ontario han querido beneficiarse del sistema público, secular y educar a sus hijos en una ciudadanía canadiense sin renunciar a su catolicismo. La existencia de este modelo es el ejemplo más apropiado del reconocimiento de una sociedad ligada a la diversidad que, al mismo tiempo, promueve y defiende del derecho de libertad religiosa.