

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE ALEXY Y LOS ACOMODAMIENTOS RAZONABLES EN EL CASO DEL TEDH EWEIDA Y OTROS C. REINO UNIDO”

Prof. Dr. María Elósegui Itxaso
Catedrática de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

1. INTRODUCCIÓN

Cada día cobra mayor protagonismo el papel de los jueces y especialmente el de los magistrados de altos tribunales, como el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, debido a los problemas de interpretación de Derechos Fundamentales. Los DF son preceptos constitucionales sustantivos con un alto grado de abstracción, generalidad e indeterminación, con importantes consecuencias en la interpretación¹.

En el ámbito del constitucionalismo, existe un consenso entre una mayoría de autores que coinciden en señalar que este tipo de conflictos son sustancialmente o incluso radicalmente distintos a las antinomias o contradicciones normativas clásicas².

Ante esto, podemos señalar muy resumidamente que la doctrina académica y los jueces se encuentran divididos entre aquéllos que niegan el conflicto y afirman que no existen verdaderas colisiones o contradicciones normativas entre DF, siendo el problema en el fondo sólo aparente, y quienes por el contrario defienden la ponderación³. Según los primeros, en estas situaciones el objetivo principal del juez o jurista es determinar cuál es la norma aplicable.

¹ ALEXY, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, 2005, pp. 89-103. Traducción de René González de la Vega. ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

² MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, pp. 134-135. BOBBIO, N., “Sobre los criterios para resolver antinomias”, en Alfonso Ruiz Miguel (Ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

³ COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 75-98.

Para ello, bastaría marcar los límites precisos de cada derecho en juego, haciendo superflua la ponderación.

La otra corriente, en su concepción estándar de la teoría de la argumentación jurídica, hoy muy en boga, asume sin problemas la existencia de conflictos o colisiones normativas, por lo menos en algunos casos, y centran su atención en cómo tratarlos adecuadamente⁴. Uno de los más destacados creadores y defensores de la teoría de la ponderación es el Catedrático y jurista alemán Robert Alexy. Según este autor, los elementos que entran en colisión en los conflictos constitucionales son principios. Estos son en abstracto válidos y consistentes, pero en determinadas situaciones concretas puedan dar lugar a conflictos. Sólo en presencia de un caso concreto se hace presente la incompatibilidad.

Robert Alexy defiende la tesis de los principios como mandatos de optimización. Para este autor los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes⁵.

Los conflictos entre principios son resueltos a través de un mecanismo llamado ponderación. La imagen evoca una balanza en la que distintas normas son pesadas y la decisión final dependerá del peso que tenga cada uno de los principios en las circunstancias del caso a decidir: prevalecerá la solución establecida por aquel principio de mayor peso, ya que habrá inclinado la balanza a su favor.

⁴ Véase MENDONCA, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003. También MORESO, J.J., *Lógica, argumentación e interpretación en derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006. PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en M., Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003. ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Traducción de E. Garzón Valdés. 2ª edición, con nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. ALEXY, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Inmuebles de España, 2004, pp. 25-64.

No hay una jerarquía entre los principios, sino que se establece una relación de precedencia condicionada, dependiendo de las circunstancias del caso concreto⁶. Y es aquí donde entra en juego el principio de proporcionalidad, que resume los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional alemán⁷, los cuales a su vez han sido recogidos por la jurisprudencia constitucional española y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para Alexy la precedencia condicionada entre los principios en conflicto puede fundamentarse racionalmente, gracias al principio de proporcionalidad⁸.

En sus últimos escritos, Alexy ha desarrollado su teoría sobre la fórmula del peso⁹. Los críticos de este intento de racionalización señalan que es imposible escapar de la discrecionalidad judicial y de la valoración que los jueces hacen para priorizar un derecho sobre otro. El mismo Alexy reconoce que no se trata de escapar de la valoración del juez y que la fórmula del peso no puede llevarse a cabo de un modo estricto, sino que intenta aportar racionalidad al proceso de decisión judicial.

Para estos autores “para quienes los conflictos o colisiones entre DF son sólo aparentes y no auténticos, la ponderación sería, en el mejor de los casos, un procedimiento para ayudar a delimitar de modo más preciso el ámbito de aplicación de cada derecho o principio implicado. En el peor de los casos, se

⁶ También, por ejemplo, Neil MacCormick defiende que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando dos bienes entran en conflicto, no establece una jerarquía entre esos valores, sino que intenta ponderarlos. Véase J. BENGOTXEA, J., MACCORMICK, N., and Moral Soriano, L., “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice” in G. de Burca and J.H.H. Weiler (eds.) *The European Court of Justice, The Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2001.*

⁷ SCHNEIDER, Herald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodells*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1979. También HESS, Reinhold, *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*. Berlín, Dunker & Humblot, 2000.

⁸ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, prólogo de J.L. Cascajo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, nº 23, (2003), pp. 225-238. CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001. Traducción española *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

⁹ Véase VIGO, R., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración”, *Dikaion*, 2013. Revista electrónica. Disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2269/3096>

trataría de una actividad disruptora que daría entrada a la pura arbitrariedad del intérprete o decisor¹⁰. Por tanto el dilema está entre defender la ponderación o defender una mera limitación de los derechos, entre la ponderación o la subsunción.

En la presente ponencia nuestro objetivo es muy concreto. Se tratará de aplicar la teoría de la ponderación de Alexy a la sentencia *Eweida c. Reino Unido* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y concretamente el caso de la azafata Eweida¹¹, con el fin de estudiar si dicho Tribunal internacional y los tribunales ingleses han realizado la ponderación adecuada y han seguido los pasos previstos para aplicar el principio de proporcionalidad, y al mismo tiempo validar si la teoría de Alexy es útil al analizar cómo argumentan realmente los tribunales¹². Comparto la sugerencia de Atienza de “no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático... de esas ideas”¹³.

Según la teoría de Alexy, basada en parte en los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional alemán, el principio de proporcionalidad exige en primer lugar examinar la adecuación o idoneidad de una medida que restrinja un derecho; en segundo lugar, examinar si el sacrificio del derecho o bien constitucional es necesario o si existe alguna otra alternativa menos gravosa y con al menos el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo; en tercer lugar, se examinaría el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Según Alexy, una buena argumentación

¹⁰ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., o.c., p. 155.

¹¹ TEDH, Sección cuarta, *Eweida y otros c. El Reino Unido* (Recursos núms. 48420/10, 51671/10 y 36516/10), 15 de enero de 2013.

¹² Partiendo del hecho de que hay jueces que afirman que ellos no están de acuerdo con la teoría de la argumentación de Alexy. Por ejemplo, Bernhard Schlink, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Libre de Berlín, juez y famoso escritor. Véase SCHLINK, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Humblot, 1976. Así como PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 27ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2011. También abundan en España los críticos del neoconstitucionalismo, véase ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de la teoría Comunicacional del Derecho*, 5ª edición, Madrid, Cívitas, 2013.

¹³ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, p. 258, donde remite a Atienza, M., “sobre la única respuesta correcta en el derecho”, en A. Aarnio, M. Atienza y F. Juanatey, Madrid, Marcial Pons, 2010.

exigiría proceder en ese orden, pero en la práctica los jueces no siempre operan de este modo tan ordenado y estructurado¹⁴.

2. PARALELISMO ENTRE EL ACOMODAMIENTO RAZONABLE Y LA DOCTRINA ALEMANA SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN SEGÚN ALEXY

En ocasiones se alega que la noción de acomodamiento razonable proviene del mundo anglosajón y del *Common Law*, lo que haría esta técnica inaplicable al derecho continental europeo, debido a que este último está basado en el principio de legalidad y es contrario al creacionismo judicial. Para contraargumentar esa tesis, demostraré en esta exposición que existe un claro paralelismo entre la figura del acomodamiento y la técnica del principio de proporcionalidad o la ponderación en la doctrina constitucional alemana, que es pionera en la argumentación jurídica constitucional y de gran influencia, como bien señala Rodríguez- Piñero¹⁵, en todos los tribunales constitucionales europeos, así como en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en TEDH.

Con independencia de todas las discusiones dogmáticas sobre el principio de proporcionalidad y ponderación en el derecho constitucional alemán, usaremos la doctrina mayoritariamente aceptada sobre el principio de concordancia práctica, creado por Konrad Hesse¹⁶ y desarrollado en la teoría de los principios de Robert Alexy, que es perfectamente aplicable a los argumentos utilizados por el TEDH en el caso *Eweida*¹⁷. La ponderación debe tener una estructura y cumplir mínimamente con unas reglas de corrección lógica¹⁸,

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trota, 2ª edición. Traducción M., Gascón, 1997.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., Prólogo, o.c., p. 25.

¹⁶ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage. Müller, Heidelberg, 1999, sobre la concordancia práctica ver nº marginal 72. También ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal: BverfGE 41, 29 [51]; 77, 240 [255]; 81, 298 [308].

¹⁷ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad*, prólogo de J.L. Cascajo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003,

¹⁸ ALEXY, R., "Law and Correctness", en M.D.A. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford, 1998, pp. 209-214. También ALEXY, R., "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, 10, (2003), pp. 433-449.

aunque a su vez en el derecho constitucional “la ponderación es racional si es posible un discurso práctico racional”¹⁹ .

En nuestro examen de la argumentación elaborada por el TEDH en la sentencia del caso *Eweida* expondremos cómo se ha llevado a cabo la ponderación y concluiremos que se han respetado los tres subprincipios descritos por Alexy. Según este último: “En el caso del tribunal constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo que viene exigido por un principio más amplio: el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad²⁰; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización, esto es, como principios y no como simples reglas. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible”²¹ .

Brivosa, Ringelheim y Rorive describen con acierto los pasos a dar a la hora de utilizar el control de proporcionalidad o la ponderación en sentido amplio. Coinciden con Alexy en describir la adecuación o la idoneidad con el carácter apropiado de la injerencia, a saber su capacidad para proteger efectivamente el interés legítimo puesto en peligro por el uso de la libertad. Eso requiere a su vez definir cuál es el bien jurídico protegido constitucionalmente y si la medida que se va emplear es adecuada para el fin que se persigue. Como veremos, esta técnica acaba de ser utilizada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por primera vez de un modo sistemático en el caso *Eweida*²² .

¹⁹ ALEXY, R., “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, o.c., p. 87.

²⁰ También denominado “principio de adecuación”.

²¹ ALEXY, R., “Teoría del discurso y los derechos constitucionales”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, o.c., p. 61. Cfr., también ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, o.c., p. 47. Más extensamente en las pp. 81-115. También en ALEXY, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Inmuebles de España, 2004, pp. 25-64.

²² ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, o.c., pp. 239-241. Sobre la utilización del Tribunal Supremo canadiense de este principio, pp. 55-198.

En relación con la necesidad, los mencionados autores la cifran en la elección por parte de la autoridad o del empleador de la medida menos atentatoria de la libertad en cuestión²³. Por su parte, Tomás de Domingo, comentando la teoría de Alexy, explicita que “El juicio de necesidad requiere indagar si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles y, además, si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión o, por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencias lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona”²⁴.

El tercer subprincipio establecido por Alexy sería el de proporcionalidad en sentido estricto: “se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: <<Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro>>. Esta regla puede denominarse: <<ley de la ponderación>>”²⁵. En la Teoría de los Derechos Fundamentales expone este principio en términos similares en el sentido de que si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma del derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión²⁶. Ello exigiría “valorar si los beneficios que se derivan de la consecución de dicho bien colectivo son mayores que los perjuicios inherentes al sacrificio del derecho fundamental”²⁷. Para los autores belgas, anteriormente mencionados, la proporcionalidad en sentido estricto exige que el Estado o el empleador justifique de un modo razonado los actos u omisiones que se le imputan para lo

²³ BRIVOSIA, Emmanuelle, RINGELHEIM, Julie, y RORIVE, Isabelle, “Le voile à l’école: une Europe divisée”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 15 année, nº 60, 1er oct., (2004), p. 957.

²⁴ DE DOMINGO, Tomás, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: Los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, en Antonio-Luis Pujalte y Tomás de Domingo, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, 2011, p. 15.

²⁵ ALEXY, R., “Teoría del discurso y los derechos constitucionales”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, o.c., p. 62 y ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, o.c., p. 102.

²⁶ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, o.c., p. 112.

²⁷ DE DOMINGO, T., o.c., p. 15.

cual debe de ponderar los intereses en presencia²⁸. Por ejemplo, en la técnica utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el Estado el que debe demostrar que la limitación que impone al ejercicio de un derecho, recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es razonable y proporcionada. El test de proporcionalidad en este caso consiste en exigir proporcionalidad entre los medios puestos en la práctica y el fin perseguido por un Estado a través de una norma cuando ésta restringe o pone límites al ejercicio individual de un derecho previsto en el Convenio.

Saliendo al paso de las críticas que ha recibido su obra, Alexy ha desarrollado estos últimos años el principio de ponderación con lo que ha denominado “la ley del peso” o “fórmula del peso”²⁹: “La ley de ponderación, la proporcionalidad estricta, muestra que la ponderación puede ser dividida en tres etapas. En la primera se establecen los grados de insatisfacción o de detrimento del primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio contrario. Finalmente, en la tercera etapa, se establece si la importancia de satisfacer el último principio justifica el detrimento o la insatisfacción del principio opuesto”³⁰.

Para ello hay que formular juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de interferencia, segundo, los grados de importancia y terceros, sobre la relación entre ellos³¹. Además el resultado de la ponderación no siempre consiste en que cedan los derechos de una parte, sino que puede llegarse a soluciones armonizadas, en la que cada parte ceda un poco o adapte sus derechos de algún modo a las exigencias requeridas por la otra parte (persona, Estado o bien colectivo)³². A la hora de demostrar si es posible realizar juicios

²⁸ BRIVOSIA, Emmanuelle, RINGELHEIM, Julie, y RORIVE, Isabelle, o.c., p. 957.

²⁹ ALEXY, R., “Der Gewichtsformel”, en J. Jickeli, P. Kreuz, D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, pp. 788-789.

³⁰ ALEXY, R., “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, o.c., p. 78. Véase también ALEXY, R., “Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik”, *World Constitutional Law Review*, 6, (2001), pp. 9-26. ALEXY, R., “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, 10, (2003), pp. 433-449.

³¹ ALEXY, R., “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, o.c., p. 78 y fórmula del peso en pp. 83-84..

³² Como apunta Garzón Valdés, en “El sentido actual de la tolerancia”, en R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, o.c., p. 38, ante un conflicto caben dos tipos de estrategias en búsqueda de solución: “Recurrir a la ponderación de la relevancia de los principios para el caso en cuestión o restringir mediante una regla el alcance de uno de ellos.

racionales sobre los grados de importancia y la intensidad de la interferencia de manera que el resultado pueda ser establecido mediante la ponderación, el profesor de Kiel desarrolla una escala triádica con las etapas de ´leve, ´moderado´ y ´grave´³³.

En el caso concreto de la Señora *Eweida*, como en otros, la prueba de la ponderación ha pasado por varios tests o escrutinios de control para justificar la necesidad de que un derecho o principio deba ceder ante otro derecho principio o bien colectivo, que podemos resumir en los tres propuestos por el esquema diseñado por Alexy, estando todos ellos coimplicados: El primero podría basarse en la aportación de pruebas empíricas sobre la lesión de la imagen corporativa de la empresa, el segundo en el derecho a la igualdad y no discriminación del derecho de libertad religiosa de *Eweida*, y el tercero en si se lesionan o no principios constitucionales para decidir a cuál de los anteriores dar prioridad. En el caso de *Eweida*, el TEDH ha examinado si se lesionaban los derechos de terceros, tanto el resto de empleados, como los usuarios, es decir los intereses colectivos o el bienestar social o la paz social en una sociedad democrática y plural concluyendo que ningunos de esos principios era lesionado por el hecho de que *Eweida* usara de un modo discreto en su uniforme la fe cristiana etc.

3. LA NOVEDAD DE LA SENTENCIA EWEIDA: EL ACOMODAMIENTO RAZONABLE

El caso *Eweida y otros contra Reino Unido* de enero de 2013³⁴, abre una línea de jurisprudencia pionera en el TEDH porque introduce la figura del “acomodamiento razonable” por motivos religiosos en el ámbito laboral. Dejemos sentado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta esta reciente sentencia, no había utilizado de un modo directo el concepto jurisprudencial de acomodamientos razonables (*accommodement*) o arreglos,

Si se adopta la primera posibilidad, uno de los principios cede; si se sigue la segunda vía, la ponderación queda excluida en los casos regulados”.

³³ ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, o.c., pp. 83-84.

³⁴ TEDH, *Eweida y otros contra Reino Unido*, nºs 4840/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15 de enero de 2013. Los antecedentes provienen de *Eweida v British Airways* [2010] EWCA Civ 80, junto con el caso de la enfermera Chaplin, See App Nos 48420/10 y 59843/10 (recibidos el 10 de agosto y el 29 de septiembre de 2010, respectivamente).

adaptaciones o ajustes (*aménagement*)³⁵. Esta técnica sólo había aparecido explícitamente en el voto particular del caso *Sessa contra Italia*³⁶, liderada por la jueza belga Tulkens. Hasta ahora la noción que se utilizaba era la de discriminación indirecta, la cual permite detectar y prohibir medidas que *a priori* parecen aceptables y neutras pero que suponen de hecho desventajas en relación con ciertos grupos, sin justificación objetiva y razonable. Igualmente prohíbe tratamientos diferenciados que resulten discriminatorios³⁷. Sin embargo, el concepto de acomodamiento razonable obliga a acciones positivas y tratos diferenciales para proteger de modo diferente a las situaciones diferentes³⁸. Como señala acertadamente Rodríguez-Piñero, “la Sentencia contiene cambios de mucho mayor alcance en relación al respeto de las convicciones religiosas en el lugar de trabajo, y pueden encontrarse en ella ecos de la idea de acomodamiento razonable”³⁹.

En contraste con su jurisprudencia anterior, el TEDH ha fallado a favor de *Eweida*, una empleada de *British Airways*, a quien no se le permitió llevar una pequeña cruz con el uniforme permaneciendo cuatro meses en su casa sin sueldo, al que se ha añadido el caso de la enfermera Chaplin, a la cual se le prohibió llevar una pequeña cadena en el cuello con el crucifijo⁴⁰. La sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013 ha dado la razón a la azafata *Eweida*, pero no así a la enfermera Chaplin. La sentencia es definitiva dado que no ha sido

³⁵ Para un estudio más detallado de esta noción véase, ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2013. Prólogo de Miguel Rodríguez-Piñero.

³⁶ TEDH, *Sessa Francesco c. Italie*, nº 28790/08, 3 de marzo de 2012.

³⁷ Véase AST, F.; “La discrimination indirecte comme outil de protection du pluralisme: enjeux et limites”, en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Conseil de l’Europe/Council of Europe, Strasbourg, 2009, pp, 89-115.

Aquí, p. 90.

³⁸ BRIBOSIA, E., RINGELHEIM J., Y RORIVE, I., “Aménager la diversité: le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, nº 78, 2009, pp. 325-333.

³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., Prólogo, en ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, o.c., p. 33. El mencionado autor realiza un comentario concreto sobre el caso *Eweida* en las pp. 32-35.

⁴⁰ *Idem*. Para un comentario detallado del clima en el Reino Unido véase el extenso artículo de MCGOLDRICK, D., “Religion in the European Public Sphere and in European Public Life. Crucifixes in the Classroom?”, *Human Rights Law Review*, 11, 3, 2011, pp. 451-502. Sobre Reino Unido pp. 456-457.

recurrida por Reino Unido⁴¹.

Nos centraremos en la argumentación jurídica utilizada por el TEDH. En los supuestos en los que los derechos de libertad, en este caso de libertad religiosa, se desarrollan en el ámbito laboral debe tenerse en cuenta que hay que ponderar las relaciones del empleador con sus empleados, así como la relación del empleado con los clientes. Por otro lado, un elemento imprescindible para delimitar el marco jurídico en el caso de *Eweida* es el hecho de que el empleador, British Airways, es una empresa privada, de manera que se elimina de la controversia la posible exigencia de neutralidad que se daría en caso de que el empleador fuera la Administración pública⁴².

4. LOS HECHOS DEL CASO

La señora *Eweida* presenta el recurso contra Reino Unido por incumplimiento del art. 9 del Convenio Europeo, que protege el derecho de libertad religiosa, y del art. 14 sobre igualdad de trato y no discriminación. El hecho concreto causa de la demanda es la denegación de su empleador de que ésta usara la cruz cristiana en el cuello durante su trabajo como azafata de tierra de la compañía British Airways.

Extraeremos a continuación algunos datos relevantes de los hechos, en la medida en que contribuyan a esclarecer la argumentación del TEDH. La Señora *Eweida*, británica de religión cristiana copta, trabaja desde 1999 en la ya mencionada compañía. El empleador exige a sus empleados el uso de uniforme. En el caso de las mujeres en el año 2004 cambió el cuello de la blusa del uniforme de mujeres, que antes era de cuello cerrado a otro modelo de

⁴¹ Nos vamos a centrar tan sólo en el caso *Eweida*. Sobre el caso Chaplin y el resto de demandantes remitimos a HALL, Hellen y GARCÍA OLIVA, Javier. “Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el derecho británico”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, mayo, (2013), RI §413426. Así como HILL, Mark. “Un examen de la Sentencia de Estrasburgo en *Eweida* y otros contra Reino Unido”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, mayo, (2013), RI 413425.

⁴² Véase, VAN OOIJEN, Hana Maria Agnes Elisabeth, *Religious symbols in public functions: unveiling state neutrality: a comparative analysis of Dutch, English and French justification for limiting the freedom of public official to display religious symbols*, Cambridge; Antwerp; Portland (Oregon), Intersentia, 2012.

cuello abierto. La guía o código sobre el uso del uniforme incluye la prohibición de usar accesorios o bisutería. La práctica de la compañía es que si un empleador incumple con dichas normas se le pide que se quite esos accesorios y si fuera necesario que vuelva a su casa a cambiarse, reduciendo de su salario el tiempo empleado.

Para poder juzgar si se ha producido discriminación o no en relación con otros empleados o empleadas es imprescindible contar con el dato de que esa norma general se adaptaba a empleados que alegaban motivos religiosos. Concretamente se autorizaba a los empleados Sikhs hombres a usar turbante azul o blanco, a las mujeres Sikhs a usar un brazalete, y a las empleadas musulmanas a emplear el velo islámico, ajustándose a los colores aprobados por British Airways. La compañía toleraba esas prendas partiendo de un juicio de valor previo, según el cual dichas prendas se podían considerar como obligatorias en ciertas religiones.

Hasta el 20 de mayo de 2006, *Eweida* había usado una cruz bajo el uniforme, pero en esa fecha decidió llevarla de modo visible como manifestación de su compromiso con su fe. Al llegar al trabajo su jefe le exigió quitársela u ocultarla bajo el uniforme. Ella lo discutió, pero lo aceptó finalmente. El 7 de agosto repite la misma conducta y se pliega a las exigencias ante la alternativa de ser enviada a su casa con reducción del salario del tiempo no trabajado. El 20 de septiembre no lo acepta y es enviada a su casa. El 23 de octubre la compañía le propone un trabajo administrativo sin contacto con los clientes, que no requería uniforme, pero ella rechaza esa oferta. Tras la publicación de varios artículos críticos con la política de British Airways, en breve tiempo, en el mes de noviembre, la empresa anuncia que revisará su política sobre los uniformes en relación con el uso de símbolos religiosos visibles. Tras consulta con los sindicatos, el 19 de enero de 2007 se permite el uso de símbolos religiosos y de organizaciones benéficas (*Charity*). Concretamente algunos símbolos como la cruz y la estrella de David fueron autorizados de inmediato. *Eweida* se reincorpora a su puesto anterior en la compañía, pero presenta entonces una demanda por discriminación indirecta amparándose en una norma nacional, las regulaciones sobre igualdad en el empleo y en el art. 9 sobre el derecho a manifestar la religión de la Convención Europea de Derechos Humanos,

reclamando el pago de los cuatro meses que había permanecido en su casa sin salario.

Entrando ahora en los argumentos de los tribunales internos, el Tribunal de trabajo interpreta que para que exista discriminación hay que demostrar que el acto que se solicita, en este caso el uso visible de la cruz, es un mandato obligatorio del cristianismo. Además se añade que ninguno de los empleados que usan uniforme han realizado hasta ahora esa petición. Esto se usa como prueba de que la demandante no ha demostrado que la política sobre el uniforme de British Airways haya supuesto una desventaja para los cristianos, lo cual sería necesario para fundamentar una demanda basada en la existencia de una discriminación indirecta⁴³.

El propio Tribunal Laboral de Apelaciones afirma que no es necesario demostrar que otras personas cristianas hayan presentado demandas sobre la política del uniforme ya que pueden haberse sentido en una situación de desventaja, aunque hayan acatado las restricciones impuestas y que no se hayan atrevido a pesar de ello a iniciar un litigio judicial. Está en desacuerdo con el segundo argumento que utiliza el Tribunal laboral, referente a que fuera necesario demostrar que la discriminación se refiere a un grupo. En definitiva, el Tribunal Laboral de Apelaciones acepta que los anteriores argumentos son erróneos y que la norma británica protege al individuo contra las discriminaciones indirectas. A pesar de ello, considera que la regla de uniformes de la compañía era proporcionada al logro de un fin legítimo. Y en segundo lugar, aprecia que British Airways ha cumplido con su deber de acomodar por el hecho de que ofreciera a *Eweida* otro puesto en el que no tenía que vestir uniforme. Se basa para ello en un argumento de Lord Bingham en una sentencia de la Cámara de los Lores en el que se usa literalmente el término acomodamiento extraído de la jurisprudencia del TEDH. Según esto, un empleado no puede ver una injerencia en su derecho a manifestar su religión cuando ha aceptado un empleo que no acomoda esa práctica u observancia y mientras que existan otros medios posibles para que la persona pueda practicar su religión sin causar una carga excesiva o inconveniente al empleador.

⁴³ TEDH, *Eweida y otros contra Reino Unido*, nº 14.

La jurisprudencia inglesa se había apoyado en la propia doctrina emanada del TEDH que hasta ahora había sido muy reacia a otorgar protección a las demandas que exigían una acomodación en el puesto de trabajo por motivos religiosos⁴⁴. En realidad esa jurisprudencia sólo dejaba la puerta abierta a que el empleado abandonará el puesto de trabajo⁴⁵. De hecho la lista es amplia: *X c. Dinamarca* (1976) 5 DR 157, *Karaduman c. Turquía* (1993) 74 DR 93, *Konttinen c. Finlandia* (1996) 87-A DR 68, *Stedman c. Reino Unido* (1997) 23 EHRR CD 168, *Liturgical Association Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* (2000) 9 BHRC 27, en este último caso se reclama la regulación de la matanza de animales en Francia por no ajustarse exactamente a sus estándares religiosos y no se da la razón al demandante porque existen otros medios, como el de comprar carne preparada de ese modo en Bélgica.

5. LOS ARGUMENTOS DEL GOBIERNO BRITÁNICO Y DEL TEDH

El TEDH considera admisible la demanda de *Eweida* amparada en dos artículos de la Convención el art. 9 sobre el derecho a la libertad religiosa y el art. 14 de igualdad de trato y no discriminación, en este caso por razón de religión. Desde un inicio *Eweida* había argumentado que se le había tratado de un modo discriminatorio en comparación con otros compañeros de trabajo, compañeras musulmanas y Sikhs a quienes se les había permitido adaptar sus uniformes a sus creencias religiosas.

El TEDH no comparte algunos de los argumentos empleados por el gobierno británico. Uno de ellos es que el art. 9 sólo protegería prácticas religiosas en una forma generalmente reconocida. El gobierno británico afirma que llevar una cruz no forma parte de un mandato obligatorio del cristianismo. El mencionado gobierno incluso concede que, caso de que así fuera, tampoco habría habido una interferencia indebida en el derecho de la demandante porque la jurisprudencia del TEDH no exigía el acomodamiento de la práctica religiosa cuando ello supone una carga excesiva para el empleador. Además a *Eweida* se le había ofrecido otro puesto de trabajo con igual salario en el que podía usar la cruz con libertad.

⁴⁴ ELÓSEGUI, M., o.c., pp. 280-282.

⁴⁵ VICKERS, Lucy. *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Oxford, Portland (Oregon), Hart, 2008. 235 p. Especialmente pp. 86-92.

El siguiente argumento del Gobierno es eximirse de responsabilidad en el caso de que las empresas sean privadas y no públicas, ya que no ha sido el Estado el que ha interferido en la libertad religiosa de esa empleada. El Gobierno afirma que la medida tomada por el empleador era proporcionada para alcanzar un fin legítimo y además cuatro meses después aceptó la protesta de *Eweida* y cambió su política de uniformes permitiendo el uso de la cruz.

Contra las justificaciones del Gobierno británico, el TEDH parece dar por válido el argumento empleado por *Eweida* según el cual usar una cruz de modo visible es una práctica normal en los cristianos, a lo que se añade que los tribunales británicos no debieron entrar en un examen teológico porque no entraría dentro de sus competencias.

El TEDH rechaza una interpretación restrictiva del art. 9 del derecho de libertad religiosa, dada la importancia de este derecho. A partir de este momento, el TEDH utiliza argumentos en los que se aparta incluso de su jurisprudencia anterior acercándose más a las técnicas del uso de la ponderación en los actuales tribunales constitucionales. Concretamente utiliza el test de proporcionalidad de un modo más preciso de lo que ha venido haciendo en ocasiones anteriores.

Por primera vez en una sentencia histórica, el TEDH afirma que en el presente caso ha habido claramente una interferencia en la libertad religiosa de la demandante, al prohibirle usar una cruz, que ella considera central para su fe. Con ello la demandante entiende que la obligación de ese código sobre el uniforme es profundamente humillante y ofensivo para ella: a ello se añade que la pérdida de su salario por cuatro meses le ha supuesto un daño económico. El TEDH considera que la medida no es proporcional y que no se han puesto en la balanza el daño que se infringe a la empleada. El hecho de afirmar que el empleado puede abandonar su trabajo es un argumento no defendible, ya que no pone en la balanza los derechos individuales del trabajador. No basta el fin legítimo de la empresa para validar la restricción, sino que se debe justificar si no habría otros medios para lograr el mismo fin, en este caso el derecho de la compañía a dar una buena imagen de sus empleados con el uso del uniforme.

En suma, el TEDH concluye que la restricción no es proporcional al efecto buscado.

Que esa prohibición no era esencial para British Airways queda demostrado por el hecho de que cinco meses más tarde cambiará su política sobre el uso de joyas con el uniforme, permitiendo el uso de la cruz y la kippá judía, siendo que anteriormente ya permitía el uso de otros símbolos religiosos o prendas de vestir motivadas por las creencias, como el foulard islámico, el turbante y el brazalete Sikh.

El TEDH critica a las instancias judiciales internas por no haber aplicado convenientemente el test de proporcionalidad. La demandante alega que no ha sido suficientemente protegido su derecho a manifestar su religión, amparado por el art. 9 del Convenio de Derechos Humanos siendo que su deseo era sincero, a pesar de que no pudiera demostrar que fuera un requerimiento de las Sagradas Escrituras o que fuera una manifestación extendida entre los practicantes de su credo.

6. PROPORCIONALIDAD ENTRE LOS FINES DE LA COMPAÑÍA Y LOS MEDIOS EMPLEADOS.

Los criterios de la jurisprudencia del TEDH para examinar la proporcionalidad de una medida son tres: primero, el Estado o el empleador debe demostrar en el caso de una norma en litigio que dicha medida persigue un bien legítimo ⁴⁶; segundo, que existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad buscada, que se aprecia ponderando los intereses en presencia; y tercero, que no existe otra medida que, logrando el mismo fin, dañe en menor medida el derecho individual, es decir sea menos gravosa para el particular al que se le limita el ejercicio de un derecho legítimo ⁴⁷. Hasta el caso *Eweida* era común que el TEDH no examinara ni el primero, ni el tercer punto ⁴⁸. El test de proporcionalidad utilizado por el TEDH se aplica

⁴⁶ TEDH, *Thlimmenos c. Grecia* (ya citado) y TEDH, *Glor contra Suiza* (ya citado).

⁴⁷ VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

⁴⁸ BRIBOSIA, Emmanuelle. "Le voile à l'école: une Europe divisée", *Revue trimestrielle ds droits de l'homme*, 15e année, n° 60, 1er oct., (2004), pp. 951-983.

tanto a los límites sociales (legales) como a los límites funcionales en la limitación de un derecho del particular, pudiéndose establecer en esta sentencia un claro paralelismo con el uso que hace del mismo el Tribunal Supremo de Canadá.

En los tres casos, todos estos criterios quedan englobados en el otro conocido mecanismo del “margen de apreciación de los Estados” del TEDH, que examinaremos después, siendo una noción equivalente a la de “interés preponderante del Estado” en el derecho canadiense.

En relación con el primer criterio, el concepto indeterminado de “fin objetivo y legítimo” será interpretado por el juez y se concretará a la luz de las circunstancias concretas del caso⁴⁹.

Lo mismo es aplicable al segundo criterio: serán también los jueces quienes decidirán, utilizando los métodos habituales de argumentación jurídica, como el de proporcionalidad y el de ponderación, si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad buscada.

En relación con el tercer criterio, también, como parte del concepto de proporcionalidad, el Tribunal examina si la restricción del derecho para ese ciudadano o la aplicación de esa norma general sin admitir excepciones le supone un sacrificio excesivo de su derecho, como lo hizo en el caso *Glor contra Suiza*⁵⁰.

El TEDH no estará conforme con el argumento de los tribunales ingleses quienes habían afirmado que la ley nacional ampara la libertad religiosa sólo cuando existe discriminación de determinados grupos vulnerables. Esto según el TEDH llevaría a resultados arbitrarios. El Estado británico ha incumplido su obligación de establecer legislación que proteja a personas en situaciones semejantes a las que se dan en el caso de la demandante.

⁴⁹ TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca*, serie A, nº 87, de 28 de noviembre de 1984; TEDH, *Inze c. Austria*, serie A, nº 126, de 28 de octubre de 1987.

⁵⁰ TEDH, *Glor c. Suiza*, nº 13444/04, 30 de abril de 2009.

En resumen, la empresa ha hecho un esfuerzo por acomodar pero no el suficiente. Si bien es verdad, que ofrece a *Eweida* la posibilidad de seguir trabajando, el cambio a un puesto de trabajo diferente es gravoso para la misma, porque le exige abandonar, sin motivo suficientemente justificado, el que venía desempeñando durante años, un puesto de atención a clientes. A ello se añade que las razones no son proporcionadas. De hecho la imagen corporativa de la empresa al exigir un código de uniformes se hace compatible en otros empleados con signos visibles que muestran su pertenencia religiosa, haciendo ambas cosas conciliables. Este hecho hace difícilmente justificable que en el caso de *Eweida* se hayan cumplido los tres criterios exigibles para aprobar el test de proporcionalidad.

También los argumentos empleados por otros intervinientes en el proceso, que acompañaron a *Eweida* en su demanda, relacionan el principio de proporcionalidad y el concepto de acomodamiento razonable. Apuntan hacia la idea de que un análisis de proporcionalidad realizado por el Tribunal debe tener en cuenta la posibilidad de un acomodamiento de las creencias y prácticas del individuo, alcanzando compromisos entre los derechos en conflicto en una sociedad plural y democrática. En la medida que esas prácticas no vayan en detrimento del servicio o del empleador deberían ser permitidas y protegidas en el trabajo. Se remiten también al concepto jurisprudencial americano de *undue hardship* como límite al acomodamiento.

7. EL DERECHO A MANIFESTAR LAS CREENCIAS COMO DERECHO DEL INDIVIDUO EN EL LUGAR DE TRABAJO

Los argumentos del TEDH en su interpretación del art. 9 del Convenio sobre libertad religiosa afirman con claridad que la libertad religiosa es un derecho individual, relacionado con la libertad de pensamiento y de conciencia. Ello incluye el derecho a manifestar las creencias, sólo y en privado, pero también en comunidad con otros y en público. El TEDH recuerda nuevamente que cualquier restricción o limitación de este derecho debe estar prescrito por la ley y fundamentarse en que es necesario en una sociedad democrática en la persecución de un bien legítimo.

Esas creencias se deben referir a puntos de vista serios, coherentes y de importancia. La neutralidad del Estado y su imparcialidad es incompatible con el poder de los Estados de juzgar sobre la legitimidad de las creencias religiosas o de los modos en que éstas se expresan. Para que un acto se entienda como una de las manifestaciones que pueden ser protegidas por el artículo 9 debe estar directamente relacionada con una religión o creencia. En concreto, no es necesario que el demandante demuestre que actúa para cumplir un mandato expreso de una religión⁵¹. En este sentido, el TEDH admite una demostración de la necesidad subjetiva y de la buena fe, como lo hacen los tribunales estadounidenses y canadienses.

El TEDH cambiando su línea jurisprudencial anterior decide que, dada la importancia que tiene la libertad de religión en una sociedad democrática, cuando un individuo se queja por la restricción de la libertad de religión en el lugar de trabajo, es insuficiente alegar la posibilidad de cambiar de trabajo para no interferir en su derecho. Para un mejor tratamiento del caso debería haberse pesado en la balanza si la restricción fue o no proporcionada⁵².

Por otro lado, según el principio del margen de apreciación de los Estados corresponde a éstos decidir en qué medida una interferencia o limitación en un derecho es necesaria. El papel del TEDH es determinar si las medidas que se han tomado a nivel nacional están en principio justificadas y si son proporcionales. Aunque en el caso de *Eweida* se trate de una compañía privada, el Estado tiene una obligación positiva de asegurar que los ciudadanos bajo su jurisdicción tengan protegido el derecho a la libertad religiosa, contemplado en el art. 9 del Convenio. Se debe tener en cuenta una justa ponderación entre los intereses en conflicto del individuo y de la comunidad en su conjunto.

En relación con el art. 14 de la Convención, alegado también por la señora *Eweida*, el Tribunal había establecido ya con anterioridad que quedan protegidas tan sólo las diferencias de trato contra discriminaciones basadas en

⁵¹ TEDH, *Cha'are Shalom Ve. Tsedek c. Francia* (GS), nº 27417/95, §§73-74, ECHR 2000-VII, 9 BHRC 27; *Leyla Sahin*, §§ 75 y 105; *Bayatyan, Skugar, Pichon y Sajous c. Francia*, dec, nº 49853/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-X.

⁵² TEDH, *Eweida y otros contra Reino Unido*, nº 83.

características identificables. La no discriminación por motivos religiosos entra dentro del ámbito de protección de dicho artículo.

Otro gran paso en la argumentación del Tribunal es reconocer que en ocasiones se requiere para evitar la discriminación un trato igual, pero en otras ocasiones la no discriminación exige otorgar un tratamiento diferente. Como el TEDH sienta en *el caso Thlimmenos*: el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos garantizados por la Convención también es violado por los Estados cuando, sin razón objetiva y justificación razonable, fracasan en tratar de modo diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes (*Thlimmenos, D.H y otros c. República checa, Runkee y White c. Reino Unido*).

El fracaso en tratar de modo diferente a personas que están en situaciones relevantes diferentes es discriminatorio si no existen razones objetivas y justificaciones razonables: en otros términos, si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Los Estados contratantes tienen un margen de apreciación en señalar en qué ocasiones las diferencias justifican un trato diferente.

Por tanto, conjugado con el concepto examinado anteriormente de discriminación indirecta, el principio de proporcionalidad ayuda a detectar si el efecto de la norma es desproporcionado, lo que, en caso de serlo, obligaría entonces al Estado a adoptar una solución que flexibilice la norma para evitar el impacto adverso en esos ciudadanos. La norma puede estar formulada de un modo neutro (consistiendo o no en una restricción), pero sería indirectamente discriminatoria si sus efectos imponen dificultades particulares a ciertas personas⁵³. El fin del test de proporcionalidad es detectar e impedir una diferencia de trato injustificable, negativa (discriminatoria), basada en los efectos discriminatorios indirectos de la norma neutral.

⁵³ BOSSET, Pierre y FOBLETS, Marie Claire. “Le Québec et l’Europe face au besoin d’accommoder la diversité: disparité des concepts juridiques, convergence des résultats ?”, en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Conseil de l’Europe/Council of Europe, Strasbourg, 2009, p. 63.

Para evitarlo se debe conceder a ese ciudadano, paradójicamente, un tratamiento especial positivo (favorable), basándose en el principio de que la igualdad requiere tratar diferente a lo diferente (*caso Thlimmenos c. Grecia*), realizando una adaptación de la norma.

Sentada esa doctrina, el TEDH entiende que en el caso de *Eweida* su deseo de llevar la cruz se basa en un deseo sincero de manifestar su fe, y esto queda incluido en los actos protegidos por el art. 9 del Convenio, de manifestar las creencias religiosas.

El TEDH considera que el hecho de no permitir a *Eweida* usar de un modo visible el crucifijo es una interferencia en su derecho a manifestar su religión. Como la interferencia está realizada por una compañía privada, el TEDH examina cuál es la responsabilidad del Estado en este caso, analizando si el derecho de *Eweida* a manifestar libremente su religión estuvo suficientemente amparado por la legislación nacional y si se realizó una ponderación justa entre sus derechos y los derechos de los demás.

En relación al examen de la proporcionalidad de la necesidad del código sobre el uniforme y de las medidas tomadas en relación a la Señora *Eweida*, el TEDH entiende que ese escrutinio se ha llevado a cabo.

Sin embargo, ya a juicio del Tribunal de trabajo la exigencia que se le impuso a *Eweida* para ajustarse al código fue desproporcionada porque se hizo de un modo rígido e inflexible al no distinguir entre el uso de una joya con una finalidad de adorno frente a un uso de la misma como símbolo religioso. Pero el Tribunal de apelación consideró que las medidas tomadas por la compañía fueron proporcionales, debido a que previamente le ofreció otro puesto con idéntico salario y después tuvo en cuenta la protesta de *Eweida* cambiando su código de uniforme y permitiendo que cinco meses más tarde recuperara su puesto habitual.

Teniendo en cuenta todas esas circunstancias y a pesar de ellas, el TEDH concluye que en este caso faltó una ponderación justa. En una parte de la balanza estaría el deseo de *Eweida* de manifestar su religión. Éste es un

derecho fundamental porque una sociedad democrática saludable necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad, y también por el valor que tiene para un individuo, que ha hecho de la religión un tema central de su vida, el poder compartirlo con los demás.

En el otro lado de la balanza se sitúa el fin de la compañía de lograr una imagen corporativa. El TEDH considera que aunque este objetivo es legítimo, los tribunales internos le dieron un peso excesivo. La cruz utilizada por *Eweida* era discreta y compatible con una correcta apariencia profesional. No hay evidencia de que el hecho de que el uso de vestimenta religiosa por parte de otros empleados de British Airways haya tenido un impacto negativo en la imagen de la compañía. Por último, como ya hemos señalado el hecho de que la compañía rectificara poco después su código de uniforme demuestra que esa prohibición no era esencial.

El Tribunal concluye que en este caso no hay ninguna prueba tampoco de que se atente contra los derechos de los demás, y que el Estado no ha cumplido con su obligación positiva de proteger a la demandante en su derecho de manifestar su religión, contemplado en el artículo 9 del convenio.

Como conclusión de todo lo expuesto podemos afirmar que el TEDH ha aplicado la teoría de la ponderación de Alexy en la sentencia *Eweida c. Reino Unido* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y concretamente el caso de la azafata Eweida. Dicho Tribunal internacional ha realizado la ponderación adecuada y ha seguido los pasos previstos para aplicar el principio de proporcionalidad, y al mismo tiempo hemos validado que la teoría de Alexy es útil al analizar cómo argumentan realmente los tribunales.

Esperamos que en la líneas precedentes haya quedado asentado que la teoría de la ponderación de Alexy puede servir de guía práctica a los tribunales a la hora de examinar el principio de proporcionalidad. Concretamente, hemos demostrado como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está depurando sus análisis y es cada vez más riguroso al examinar si se han cumplido con los tres pasos necesarios para que una medida que limite derechos fundamentales sea aceptable o por el contrario si se exige un acomodamiento razonable para

que los derechos en conflicto puedan coexistir, cediendo cada uno en algún aspecto, pero sin verse totalmente derrotado uno por el otro.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., “ Der Gewichtsformel”, en J. Jickeli, P. Kreuz, D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, pp. 788-789.
- ALEXY, R., “Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik”, *World Constitutional Law Review*, 6, (2001), pp. 9-26.
- ALEXY, R., “Law and Correctnes”, en M.D.A. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford, 1998, pp. 209-214.
- ALEXY, R., “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Méjico, Distribuciones Fontamara, 2005.
- ALEXY, R., “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, 10, (2003), pp. 433-449.
- ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALEXY, R., “Teoría del discurso y los derechos constitucionales”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Méjico, Distribuciones Fontamara, 2005.
- ALEXY, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Inmuebles de España, 2004, pp. 25-64.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 2ª edición, con nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- AST, F., “La discrimination indirecte comme outil de protection du pluralisme: enjeux et limites”, en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des*

- sociétés plurielles*, Conseil de l'Europe/Council of Europe, Strasbourg, 2009, pp, 89-115.
- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
 - ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, en A. Aarnio, M. Atienza y F. Juanatey, Madrid, Marcial Pons, 2010.
 - BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, prólogo de J.L. Cascajo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
 - BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, nº 23, (2003), pp. 225-238.
 - CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001. Traducción española *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
 - BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad*, prólogo de J.L. Cascajo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003,
 - BOSSET, P., “Limites de l’accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?”, *Éthique publique*, vol 9, nº1, 2007, pp. 165-168.
 - BOSSET, Pierre y FOLETS, Marie Claire. “Le Québec et l’Europe face au besoin d’accommoder la diversité: disparité des concepts juridiques, convergence des résultats ?”, en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Conseil de l’Europe/Council of Europe, Strasbourg, 2009, pp. 37-68. Aquí p. 63.
 - BRIBOSIA, E., RINGELHEIM J., Y RORIVE, I., “Aménager la diversité: le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, nº 78, 2009, pp. 325-333.
 - BRIBOSIA, Emmanuelle. “Le voile à l’école: une Europe divisée”, *Revue trimestrielle ds droits de l’homme*, 15e année, nº 60, 1er oct., (2004), pp. 951-983.
 - COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 75-98.
 - DE DOMINGO, Tomás, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: Los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, en Antonio-Luis Pujalte y Tomás de Domingo, *Los*

- derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, 2011.
- ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2013. Prólogo de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.
 - BENGOTXEA, J., MACCORMICK, N., and Moral Soriano, L., “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice” in G. de Burca and J.H.H. Weiler (eds.) *The European Court of Justice*, The Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2001.
 - BOBBIO, N., “Sobre los criterios para resolver antinomias”, en Alfonso Ruiz Miguel (Ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.
 - HALL, Hellen y GARCÍA OLIVA, Javier. “Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el derecho británico”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, mayo, (2013), RI §413426.
 - HESS, Reinhold, *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der freiheitsrechte*. Berlín, Dunker & Humblot, 2000.
 - HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage. Müller, Heidelberg, 1999.
 - HILL, Mark. “Un examen de la Sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros contra Reino Unido”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, mayo, (2013), RI 413425.
 - Informe de la Comisión Bouchard-Taylor. *Fonder l’avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, 2008. Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles. Documento previo de consulta: Sitio web: www.accommodements.qc.ca/documentation/document-consultation-en.pdf

- JÉZÉQUEL, M., “L’Obligation d’accommodement raisonnable: ses potentiels et ses limites”, en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Conseil de l’Europe/Council of Europe, Strasbourg, 2009, pp. 21-36.
- JÉZÉQUEL, M., “L’obligation d’accommodement: un outil juridique et une mesure d’intégration”, *Éthique publique*, vol. 8, nº 1, 2006, pp. 52-59.
- MACLURE, J., Y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid, Alianza editorial, 2011, 161 p. Traducción de María Hernández, original *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Les éditions du Boréal, 2010.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, pp. 134-135.
- MCGOLDRICK, D., “Religion in the European Public Sphere and in European Public Life. Crucifixes in the Classroom?”, *Human Rights Law Review*, 11, 3, 2011, pp. 451-502.
- MENDONCA, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- MORESO, J.J., *Lógica, argumentación e interpretación en derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006.
- PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 27ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en M., Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003.
- ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de la teoría Comunicacional del Derecho*, 5ª edición, Madrid, Cívitas, 2013.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., Prólogo, en ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2013, pp. 21-35.
- SCHLINK, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Humblot, 1976.
- SCHNEIDER, Herald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Empirische*

- Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodells*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1979.
- VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.
 - VAN OOIJEN, Hana Maria Agnes Elisabeth. *Religious symbols in public functions: unveiling state neutrality: a comparative analysis of Dutch, English and French justification for limiting the freedom of public official to display religious symbols*, Cambridge; Antwerp; Portland (Oregon), Intersentia, 2012.
 - VICKERS, Lucy. *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Oxford, Portland (Oregon), Hart, 2008. 235 p.
 - VIGO, R., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración”, *Dikaion*, 2013. Revista electrónica. Disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2269/3096>
 - WOEHLING, J., “La liberté de religion, l'obligation de neutralité religieuse de l'Etat et le droit à l'accommodement raisonnable: quelle place pour la religion dans les institutions publiques?”, *Revista catalana de drt public*, Vol. 33, 2006, p. 20 (citado también por Bribosia, E. y otros., “Aménager la diversité...”, *op. cit.*, pp. 338-339.

JURISPRUDENCIA

Bhinder v. Canadian National Railway Co (1985 2 SCR 561).

Eweida v British Airways [2010] EWCA Civ 80, junto con el caso de la enfermera Chaplin, See App Nos 48420/10 y 59843/10 (recibidos el 10 de agosto y el 29 de septiembre de 2010, respectivamente).

TEDH, *Cha'are Shalom Ve. Tsedek c. Francia* (GS), nº 27417/95, &&73-74, ECHR 2000-VII, 9 BHRC 27.

TEDH, *Pichon y Sajous c. Francia*, dec, nº 49853/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-X.

TEDH, *Eweida y otros contra Reino Unido*, nºs 4840/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15 de enero de 2013.

TEDH, *Glor c. Suiza*, nº 13444/04, 30 de abril de 2009.

TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca*, serie A, nº 87, de 28 de noviembre de 1984;
TEDH, *Inze c. Austria*, serie A, nº 126, de 28 de octubre de 1987.

TEDH, *Sessa Francesco c. Italia*, nº 28790/08, 3 de marzo de 2012.

TEDH, *Thlimmenos c. Grecia* (ya citado) y TEDH, *Glor contra Suiza* (ya citado).

Tribunal Supremo de Canadá, web oficial: www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/cory/index-fra.asp.

TSC, *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) c. Simpsons-Sears Ltd* (1985) 2 RCS 536. En su versión inglesa, *Human Rights Commission y O'Malley v. Simpsons Sears Ltd*. Disponible en: scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-536/1985rcs2-536.html