

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACOMODACIÓN RAZONABLE EN BRASIL

FÁBIO CARVALHO LEITE¹

Resumen:

Este artículo tiene como propósito hacer un análisis de la adopción de la idea de acomodación razonable por motivos religiosos en Brasil. El artículo presenta algunos casos concretos (los más frecuentes) y apunta algunas dificultades y resistencias al concepto de acomodación en el pensamiento jurídico brasileño.

Palabras clave: acomodación razonable; laicidad; secularismo; libertad religiosa

Abstract:

This paper aims to analyze the adoption of the concept of reasonable accommodation for religious reasons in Brazil. The paper presents some (the most frequent) cases and reveals some difficulties and resistance by Brazilian legal thinking.

Keywords: reasonable accommodation; *Laïcité*; secularism; religious freedom

DOI: 10.7764/RLDR.4.43

1. Introducción

La libertad religiosa, como objeto de la reflexión y del estudio jurídico, ha adquirido una mayor atención en Brasil en los últimos años, pero todavía está lejos de ocupar el espacio debido o adecuado a los problemas que se producen en el país. En el ámbito del derecho, libros y artículos académicos sobre libertad religiosa y las cuestiones relacionadas con el derecho y la religión en general son todavía pocos, tanto en términos absolutos como en términos relativos (en comparación con la investigación académica centrada en estudios de otros derechos fundamentales). Autores de la sociología la antropología de la religión - áreas que han desarrollado una producción académica rica y vasta - confirman esta crítica a los estudios jurídicos, que, como ha señalado el antropólogo Giumbelli, "oscilan entre exégesis constitucionales y comentarios casuísticos o restringido a los aspectos bien circunscritos" concluyendo que, en Brasil, "se pasa del extremadamente genérico al demasiado particular cuando se trata de la religión en las discusiones legales"².

¹ Doctor en Derecho Público (UERJ). Professor de Derecho Constitucional de Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro (PUC-Rio). Abogado.

² GIUMBELLI, Emerson. O Fim da Religião – dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França. São Paulo: Attar Editorial, 2002. p. 232.

Es difícil determinar con seguridad las razones por las cuales el área del Derecho, hasta un pasado reciente, ha dejado el tema al margen de las investigaciones académicas más profundas y más productivas. Sin embargo, para los propósitos de este estudio, las causas son irrelevantes; lo que importa son las consecuencias. Y el hecho es que durante mucho tiempo, la ley brasileña avanzó poco en los problemas (de difícil equilibrio) que surgen de conflictos entre normas legales y prácticas religiosas - un estancamiento que podría ser observado tanto en el campo doctrinal (y, en consecuencia) como en el ámbito judicial. Por supuesto, la crítica también se aplicaría a la esfera política (Poderes Ejecutivo y Legislativo), pero como los conflictos entre normas estatales y las prácticas religiosas afectan principalmente a las confesiones minoritarias, sólo que con una cierta dosis de optimismo que uno podría esperar un gran avance en el ámbito regulado por la regla de la mayoría.

Sin embargo, se puede notar en los últimos años (poco más de una década) algún progreso - todavía tímido, pero tal vez prometedor - en el tratamiento legal de estos conflictos que implican "excepción religiosa". El avance es descrito aquí como tímido por involucrar temas muy específicos, no todos ellos bien establecidos. Pero también puede ser prometedor, ya que, al menos en algunos casos, los problemas han logrado una mayor visibilidad, lo que contribuye a su enfrentamiento en varios frentes.

Un caso ilustrativo en este sentido fue la decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) en el año 2009, sobre los horarios diferentes para candidatos sabáticos hagan la prueba de admisión a las universidades (Examen Nacional de Educación Secundaria - ENEM). El Supremo Tribunal decidió menos de lo que piensa, y obtiene un crédito exagerado, ya que sólo confirmó la constitucionalidad de una ley aprobada por el gobierno federal (Ministerio de Educación). En todo caso, la resolución dictada por el órgano superior del poder judicial, aunque se limita a confirmar la constitucionalidad de una norma, confiere mayor visibilidad a la cuestión constitucional, y a los motivos legales que se suma al acto político. Y fue especialmente importante para este caso, ya que el tribunal en su decisión, simplemente recurrió al concepto de "acomodación razonable".

El término "acomodación razonable" se originó en los EE.UU. a mediados de los años 60, a partir de medidas destinadas a luchar contra la discriminación en el mercado laboral. A pesar de que la legislación abarcase a la discriminación basada en la raza, religión, nacionalidad, color o sexo (Ley de Derechos Civiles, promulgada en 1964, y sus modificaciones posteriores), fue inicialmente en el análisis y juicio de los casos de discriminación religiosa que la Comisión de Igualdad de Oportunidades Laborales (*Equal Employment Opportunity Commission* - EEOC) y los tribunales han aplicado el concepto de "acomodación razonable", entendida como un deber impuesto al empleador para demostrar que no podría acomodar las prácticas religiosas de sus empleados sin que

ISSN 0719-7160

ello suponga una carga excesiva. El significado / sentido normativo de “acomodación razonable” fue detallado más concretamente en un conjunto de directrices adoptadas por la EEOC en 1966 (con una revisión en 1967) de la siguiente manera: “(1) *the employer must make reasonable accommodations to the religious needs of its employees; (2) unless such accommodation will cause undue hardship on the conduct of the employer's business*”³. Dada la controversia sobre la validez de las directrices de la EEOC, levantado sobre una demanda que llegó a la Corte Suprema – *Dewey v. Reynolds Metals Co.* (1971)⁴ –, el Congreso aprobó una enmienda al *Civil Rights Act, llamada Equal Employment Opportunity Act* de 1972, estableciendo que:

*The term 'religion' includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business.*⁵

El concepto fue posteriormente importado por Canadá y allí desarrolló de tal manera que, a pesar del origen norteamericano, la acomodación razonable ahora es más asociada con la legislación canadiense, que proporcionó una base más multicultural y comunitarista del concepto⁶, y se convirtió en una referencia en el tema. En Francia, por ejemplo, el informe final presentado por la "Comisión de reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad de la República", en diciembre de 2005, tuvo una notable influencia de este concepto. El informe indica, en uno de sus puntos, que "el respeto a las exigencias religiosas debe ser compatible con el buen funcionamiento del servicio, de acuerdo con el principio que los ciudadanos de Quebec llaman "acomodación razonable" "⁷.

Brasil fue ajeno a los debates y reflexiones desarrolladas sobre el tema, al menos hasta hace poco⁸, y se enfrentó, a su manera, las demandas de tratamiento especial de respeto a las creencias religiosas. Y el propósito de este trabajo es describir cómo la ley

³ DADAKIS, John D., RUSSO, Thomas M. “Religious Discrimination in Employment: The 1972 Amendment – A Perspective” *Fordham Urban Law Journal* Volume 3, Number 2 1974 Article 6.

⁴ 402 US 689 (1971)

⁵ DADAKIS, John D., RUSSO, Thomas M. “Religious Discrimination in Employment: The 1972 Amendment – A Perspective” *Fordham Urban Law Journal* Volume 3, Number 2 1974 Article 6.

⁶ KOUSSSENS, David. *Neutrality of the State and Regulation of Religious Symbols in Quebec and France*. *Social Compass*, v. 56, n. 2, p. 202-213, jun. 2009.

⁷ Comissão de reflexão sobre a aplicação do princípio da laicidade na República. (tradução de LEITE, Fábio Carvalho; ALMEIDA, Celina Beatriz Mendes de; HOMBEECK, Guilherme Augusto V. van.) In: LEITE, Fábio Carvalho (Org.). *Cadernos do Departamento de Direito Constitucional*. PUC-Rio, Série Monográfica: Laicidade e liberdade religiosa, vol. 1, Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC), 2010. p. 7-44.

⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, culto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. SANTOS JUNIOR, Aloisio Critovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói: Editora Impetus, 2013.

brasileña responde a estas demandas, la cual varía dependiendo de la cuestión concreta, entre posiciones más consolidadas y entendimientos aún inestables.

El trabajo se divide en dos partes. En la primera (punto 2), discuto sobre el fundamento constitucional invocado para la acomodación razonable en materia religiosa. En la segunda parte (punto 3), presento tres situaciones donde el conflicto ha demostrado ser más presente: (3.1) las festividades religiosas y los días de guardar, (3.2) el uso del velo y el hábito en los documentos de identidad, (3.3) el sacrificio de los animales en el culto de las religiones de origen africano.

2. Base constitucional de acomodación razonable por motivos religiosos

Brasil es una república laica, pero con una población de mayoría católica (64,6%)⁹ y con un porcentaje significativo de evangélicos (22,2%), lo que de alguna manera y en alguna medida termina por condicionar o moldear, en la práctica, las relaciones entre el Estado y la religión y, por último, la propia laicidad. Este contexto es importante para comprender las dificultades y los retos de hacer frente a la "excepción del religioso" en una sociedad en que la religiosidad se identifica, en su mayor parte, con el cristianismo.

A grandes rasgos, se puede decir que, en términos formales, el tratamiento constitucional de la religión se ha mantenido estable a lo largo de la historia de Brasil desde la Constitución de 1934 - y materialmente desde la Constitución anterior¹⁰, de 1891, que inauguró la República y la laicidad en el país. En esta línea, la Constitución de 1988 asegura, en su parte relativa a los derechos fundamentales, la inviolabilidad de la "libertad de conciencia y creencia, garantizado el libre ejercicio de los cultos religiosos y en forma de ley, la protección de los lugares de culto y sus ritos" (art. 5º, VI), el derecho a la asistencia religiosa en las entidades civiles y militares de reclusión colectiva (art. 5º, VII), el derecho a la objeción de conciencia, estableciendo que "nadie podrá ser privado de sus derechos a causa de sus creencias religiosas o convicción filosófica o política, a menos que las invoque para eximirse de la obligación legal impuesta a todos y se rechace cumplir la prestación alternativa, fijada por la ley" (art. 5º, VIII). La Constitución también afirma la laicidad del Estado, aunque sin hacer referencia a la expresión, al prohibir la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios de "establecer cultos religiosos o iglesias, subvencionar a ellos, dificultar el funcionamiento, o mantener con ellos o sus representantes relaciones de dependencia o alianza, excepto de conformidad con la ley, con la colaboración de interés público" (artículo 19, I). La

⁹ GIUMBELLI, Emerson. Op. Cit., p. 242; LEITE, Fábio Carvalho. O laicismo e outros exageros sobre a Primeira República no Brasil. *Religião & Sociedade*, v. 31, p. 32-60, 2011.

¹⁰ Brasil sigue siendo el país con más católicos en el mundo.

ISSN 0719-7160

Constitución establece la inmunidad fiscal de los templos de cualquier culto (art. 150, VI, b), la asignación de los efectos civiles del matrimonio religioso, en términos legales (art. 226, § 2º) y la educación religiosa, de registro opcional que se ofrece como una disciplina en los horarios normales de las escuelas primarias públicas". Toca también una referencia a la mención de Dios en el preámbulo de la Constitución ("Nosotros, los representantes del pueblo brasileño ... ordenamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución [...]). Pero, en rigor, la frase está más cerca de un homenaje o una invocación hecha por los constituyentes, que no tiene, por cualquier ángulo, fuerza normativa¹¹, como ha reconocido el propio Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2076). Sin embargo, la mención de Dios en el preámbulo se cita a menudo entre opiniones legales y decisiones de los tribunales cuando el tema legal implica la laicidad, la libertad religiosa y temas relacionados.

No hay en el texto constitucional ningún dispositivo específico orientado a la acomodación, por motivos religiosos, y sería temerario suponer que el art. 5º, VIII, garantiza este derecho / deber. De hecho, se trata de un dispositivo que podría servir de base tanto para reconocer como para negar la acomodación, al menos en los tribunales.

El artículo 5º, VIII de la Constitución establece que "nadie podrá ser privado de sus derechos a causa de sus creencias religiosas o convicción filosófica o política, a menos que las invoque para eximirse de la obligación legal impuesta a todos y se rechace cumplir la prestación alternativa, fijada por la ley". Se trata de un dispositivo cuyo rango no es fácil de dimensionar. La primera parte de este inciso es de relativa claridad y no plantea ninguna discusión adicional, simplemente prescribe una garantía de la libertad de conciencia al asegurar a cada ciudadano el derecho a profesar sus creencias religiosas (o seguir determinada línea política o filosófica) sin que tenga que sufrir las sanciones restrictivas de derechos impuestas directamente por el Estado. El desacuerdo que pueda surgir en relación al significado y alcance de este dispositivo, y que está en el corazón de la cuestión sobre la acomodación de las prácticas religiosas, se encuentra en su segunda parte, donde la regla trata de la posibilidad de conflicto entre la conducta que surge de conciencia (lo que importa aquí) religiosa y la impuesta por una norma emitida directamente del Estado. Este es un conflicto que implica el fracaso de una norma estatal, pero aún admitida por el Estado, lo que ya revela la complejidad de la cuestión.

Además, hay que tener en cuenta que, al menos en teoría, la conducta prescrita por las normas religiosas pueden ser las más variadas, lo que daría lugar a diversos conflictos

¹¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 22.

con las normas emitidas por el gobierno. Aunque se puede reconocer que la Constitución trató de armonizar este conflicto potencial al permitir el cumplimiento de los servicios alternativos de conducta impuestas por la norma estatal, se debe recordar que el establecimiento de tales servicios alternativos también depende de una norma estatal. Es decir: el conflicto permanece en los casos en que no existe edición de una ley de estableciendo prestaciones alternativas.

Con el fin de obtener un sentido mínimo al dispositivo en cuestión, se debe reconocer que las dos partes del enunciado contienen garantías relativamente distintas, a saber: mientras que la primera parte se vuelve contra la restricción de derechos impuesta por el Estado directamente, la segunda parte representa una garantía contra la restricción impuesta indirectamente por el gobierno. Así, si en la primera parte del dispositivo constitucional el conflicto potencial que implica el acto Estatal y la religión, en la parte final el conflicto se refiere al acto de Estado y la conducta prescrita por la religión.

A modo de ilustración, esta sería la diferencia entre una norma de Estado que prohibiera a los ciudadanos judíos y adventistas del séptimo día de participar en un concurso público, y una regla de Estado prescribiera que los concursos públicos serían realizados en el sábado, contra los preceptos religiosos del mismo grupo de ciudadanos. En el primer caso, el sello sería el resultado de la norma del Estado; en el segundo, surge de la norma religiosa. Los ciudadanos judíos y adventistas del séptimo día, en ambos casos, sufrirían una restricción de su derecho a participar en un concurso público. Pero, mientras en el primer caso hay una flagrante inconstitucionalidad, debido a la discriminación religiosa directa impuesta por el Estado y los ciudadanos podrían recurrir a los tribunales a través de un recurso de amparo, el mismo no puede decirse sobre el segundo caso, donde la prohibición es impuesta por la norma religiosa. Estrictamente hablando, no hay, en este caso un derecho legal claro violado por la ilegalidad cometida por el Estado y por el amparable *mandamus*. Pero se puede reclamar una discriminación indirecta, que es precisamente la situación que requeriría una acomodación razonable.

El dispositivo constitucional, como puede verse, no establece de manera explícita, clara y segura, la garantía de una acomodación por razones religiosas. Esto no quiere decir que la acomodación en estos casos sería inconstitucional; sólo que su protección exige una mayor carga argumentativa, y debe tener en cuenta la existencia y el alcance del compromiso del Estado con la diversidad religiosa. El camino hacia el reconocimiento de un deber de acomodación es más complejo, por supuesto, sea por una construcción judicial, sea por la edición de instrumentos normativos - lo cual es preferible, aunque se reconoce la dificultad práctica por involucrar a las minorías religiosas.

3. Acomodación por razones religiosas

3.1 Las festividades religiosas y los días de guardar

La laicidad brasileña coexiste con la institución de días festivos religiosos por la ley. La realidad del país no impuso la reflexión aún más profunda en este sentido. Después de todo, son días festivos de la religión mayoritaria, instituidos por la ley aprobada por la mayoría de los representantes del pueblo en los órganos legislativos. Tal vez el tema se ponga en duda en el futuro, ya que las religiones evangélicas se han organizado en las disputas electorales y en la actualidad tienen una política sobrerrepresentación: 38% de Diputados Federales integran el llamado Frente Evangélico - uno de los grupos más poderosos de la Cámara de Diputados¹² - en un país con un 22,2% de los ciudadanos evangélicos. Si y cuando una ley establezca una fiesta religiosa minoritaria, tal vez ocurra un debate sobre el tema. Tal vez no.

Pero si la institución de días festivos religiosos relacionados con la confesión mayoritaria puede tener algunos problemas, su no institución en relación con las religiones minoritarias también plantea preguntas, aunque de un orden diferente. El hecho de que las fechas clave de la religión católica, mientras confesión mayoritaria en el país, son los días festivos establecidos por ley no permite comprender en qué medida el respeto de estas fechas se debe a un imperativo de la libertad religiosa. Es decir: los católicos lo hacen sin ningún recurso argumentativo que implica el derecho a la libertad religiosa para tener tutelada la pretensión para celebrar sus días festivos y los días sagrados; la propia legislación estatal, general y abstracta, es responsable de satisfacer esta demanda. Esta disposición legislativa deja dudas sobre la existencia de un derecho a la celebración de las fechas festivas y la observancia de los días sagrados para cada religión como algo inherente a la libertad religiosa como un derecho fundamental.

Un concepto más amplio de la libertad religiosa, que no se entiende sólo como una garantía contra la persecución, sino también como una garantía de la inclusión y la ciudadanía, considera el respeto de las fiestas y los días considerados sagrados como inherente a dicho derecho fundamental. Pero no se puede ignorar, por otro lado, el problema derivado de la relación entre dos temores: (i) que un número infinito de las religiones puede crear un número infinito de reglas (envolviendo días de guardia), acerca de lo que el Estado no tiene ni podría tener ningún control, y (ii) que el respeto al Estado de una o varias reglas de una o más religiones obligaría al Estado a respetar

¹² En: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/conheca-as-11-bancadas-mais-poderosas-da-camara/> Fecha de consulta: 30/01/17

todas las normas de todas las demás. Por lo tanto, la imposibilidad del Estado para cumplir con todas las exigencias religiosas permitiría el Estado no cumplir con ninguna.

Este es un problema más teórico y potencial que concreto y actual, y no debería ser un obstáculo para la acomodación, pero sin duda todavía tiene un peso argumentativo en el Derecho brasileño. A modo de ilustración, en 2003, cuando la entonces alcaldesa de Sao Paulo, Marta Suplicy, permitió que fueran abonadas las faltas de los funcionarios judíos en tres días festivos religiosos, el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sao Paulo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expresó su oposición al acto señalando estos problemas potenciales: "Y los musulmanes? Y los testigos de Jehová? Y Umbanda? Lógicamente, este derecho puede ampliarse a todos". Según Ferreira Filho, el "orden" de Martha podría causar "desorden jurídico"¹³. En el mismo sentido fue la manifestación del ministro Sepúlveda Pertence, del Supremo Tribunal, el juicio de la acción directa de inconstitucionalidad n. 2806-5, en la que se cuestionó la constitucionalidad de la ley del Estado de Rio Grande do Sul que preveía "hechos relativos a la libertad de creencias religiosas, la determinación de la administración pública y entidades privadas el respeto y la observancia de las doctrinas religiosas" en aquel Estado. A pesar de que el Supremo Tribunal tenga se limitado a declarar la inconstitucionalidad de la norma por defecto de forma (falta de respeto a la iniciativa privada del Poder Ejecutivo), el Ministro Sepúlveda Pertence fue más allá de este aspecto formal, evidenciando una inconstitucionalidad sustantiva de la siguiente manera:

Señor Presidente, estoy totalmente de acuerdo con el ponente eminente, pero yo creo que la ley tiene mayores implicaciones que el simple problema de la iniciativa legislativa. Pregunto: sería constitucional una ley de la iniciativa del Poder Ejecutivo subordinando el progreso de la administración pública a "los días de guardia" religiosa? Sería razonable, a pesar de que fuera iniciativa del gobernador, caso creyente de cualquier fe religiosa que hace que sus servicios el lunes por la tarde, establecer que todos estos creyentes tienen derecho a no trabajar el lunes y pedir una reserva de otra hora para trabajar? Huelga conclusión, pero creo que realmente violado en el caso, los principios sustanciales, desde el "debido proceso" carácter sustancial y secular de la República. Quiero dejar en claro que también creo que la ley materialmente inconstitucional.

El problema que existe en esta línea de argumentación es considerar que sería la creación de un derecho potestativo, lo cual no es el caso. No podemos exigir del Estado el respeto a cualquier disposición de cualquier religión – sea religión ya existente o a ser creada - que, sin embargo, no implica un impedimento absoluto y, a priori, al Estado de garantizar el cumplimiento de tales normas por parte de los creyentes. Pero desafiar la

¹³ Periódico Folha de São Paulo, 11/10/2003, p. E2.

ISSN 0719-7160

idea de un "derecho a un permiso de trabajo y clases / pruebas por razón religiosa, cuando hay una coincidencia con los días de descanso semanal, las fiestas y los períodos prescritos por la profesión confesión"¹⁴ no impide reconocer la posibilidad de acomodación de tales conductas, atendiendo órdenes religiosas. Las situaciones que implican la objeción de conciencia y que no están específicamente establecidos en la ley deben ser tratados caso por caso¹⁵. Esto no es un derecho a ser exigido, sino para ser acomodado.

La falta de esta percepción explica, en parte, las decisiones heterogéneas tomadas por los tribunales en Brasil en los casos en los que exigen un tratamiento diferente a los que deben guardar el sábado, con las decisiones tanto por procedencia y por improcedencia – éstas últimas tal vez ocurran más - mediante la identificación en la mayoría de las veces de la existencia o inexistencia de este derecho a partir de un análisis a priori, y nunca un análisis caso a caso, tal como se recomienda la situación. Un levantamiento no exhaustivo, pero satisfactorio, de las decisiones dictadas por tribunales de Justicia de algunos Estados¹⁶ apoya esta afirmación. En un universo de veintidós demandas investigadas, que involucran este problema, dieciséis fueron juzgados por la denegación de la solicitud, cinco, según por la procedencia y uno fue juzgado extinguido por la pérdida del objeto – como los demandantes tomaron el examen en la fecha previamente marcada (lo que ocurrió antes de que el proceso fuera juzgado). Las decisiones de denegación de la solicitud (en 14 de estos 16 casos la decisión fue unánime) fueron guiadas por los fundamentos como: el candidato tiene el derecho de participar o no de la prueba; Administración Pública no está privando a las personas de un derecho; la gente es prefiere seguir una orientación religiosa y no se presentan en el lugar de la prueba en la fecha fijada; se estaría dando un trato desigual a los miembros de una religión; que el Estado es laico y no puede dar un tratamiento especial a los ciudadanos sobre la base de las creencias religiosas, lo que violaría la igualdad, que habría dificultad práctica para la realización de prueba en una fecha diferente o por separado, sabiendo que la prueba a ser aplicada debe ser la misma para todos los candidatos; que si por convicción religiosa los demandantes se vieron incapaces de participar en una etapa del concurso público programado para el sábado, lo que sucedería a continuación, en el ejercicio de las funciones del cargo, cuyas actividades requieren tiempo completo durante el día y la noche, todos los días de la semana,

¹⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme, op. cit., p. 73.

¹⁵ PALOMINO, Marco A. Huaco. Derecho de la Religión. El principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Fondo Editorial); Universidad Peruana Unión, 2005, pp.149-150

¹⁶ Los tribunales investigados fueron de los siguientes Estados: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Rio de Janeiro, São Paulo, Acre, Amazonas, Pará, Maranhão, Tocantins, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais. También Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Datos de la investigación: LEITE, Fábio Carvalho. Estado e Religião: a liberdade religiosa no Brasil. Curitiba: juruá, 2014.

incluidos sábados, domingos y días festivos, como es el caso de la policía militar, por ejemplo?; que la enorme diversidad de religiones en nuestro país y las peculiaridades de cada uno de ellas, si tuvieran que ser observados por la administración, sería inviabilizar a la realización de cualquier acto público; que el interés colectivo debe prevalecer sobre los intereses individuales con el fin de tratar de servir a toda la comunidad y no sólo tal o cual individuo.

También vale la pena señalar que, de los dieciséis casos juzgados improcedentes, dos fueron por la mayoría de los votos. Los magistrados que admitieron la solicitud alegaron que la libertad religiosa es el derecho fundamental y natural, siendo inherentes a la persona humana, y que en ningún momento hubo la negativa del solicitante a la adopción de otras medidas. Y, por otra parte, sería factible conciliar los intereses de la administración pública para hacer cumplir el decreto y la flexibilidad de tiempo sin herir el principio de igualdad.

Ya las decisiones por el cambio de la fecha del concurso mostraron los siguientes motivos: que el interés privado debe pasar por encima del público, ya que lo que está en juego es la libertad de creencias religiosas protegidas por la Constitución; lo cual es un derecho de participar en el concurso público sin que se vean obligados a desvincularse de su creencia religiosa que predica que se mantenga el día de reposo para las obras espirituales; que la vergüenza a la persona humana con el fin de renunciar a su fe representa la falta de respeto a la diversidad democrática de ideas, filosofías y su diversidad espiritual; que se debe imponer una desigualdad formal para garantizar una igualdad sustantiva; el hecho de que los demandantes realizaren la prueba en otro momento no causa perjuicio a los otros candidatos, y mucho menos confiere ningún privilegio a aquellos.

El escenario descrito aquí revela un detalle que podría explicar la dificultad de la legislación brasileña en el tratamiento de acomodación por razones religiosas. Mientras que los juristas adoptan un razonamiento lógico y jurídico más abstracto y teórico, la acomodación exige un tratamiento más concreto y práctico. En Brasil, los problemas relacionados con la realización de pruebas y concursos (u otras actividades) en los sábados, por ejemplo, están restringidos a unos pocos grupos - y en el judaísmo el día de guardar parece más restringido a ortodoxos (no por casualidad, todos los 22 casos planteados en la investigación fueron de adventistas). Sin embargo, los operadores del Derecho no analizan el problema de una manera concreta y específica, y crean barreras teóricas que están más allá del problema real, dándose al caso un tamaño más grande de lo que realmente tiene, al igual que en la pregunta formulada por el Ministro Sepúlveda Pertence, del Supremo Tribunal, al reflexionar sobre alguna fe religiosa hipotética "que hace que sus cultos el lunes por la tarde." Se crea un problema inexistente para no resolver un problema concreto. Otro dato a tener en cuenta es que

ISSN 0719-7160

el problema planteado por los religiosos en los casos más estudiados no se refirió al día (sábado), pero a la hora - otro aspecto concreto que se pierde en las divagaciones más abstractas y amplias realizadas por los jueces y juristas en general.

No ignoro o desconsidero, ni puedo reducir la importancia de un pensamiento más general, mirando el árbol sin perder de vista el bosque. El derecho, por regla general, opera desde una perspectiva más formalista que particularista. Basta resaltar la insuficiencia de esta forma de pensar el derecho para los casos de acomodación. Esta es una cuestión perjudicial a ser enfrentada por la legislación brasileña. Y es tan presente y arraigada que en los casos estudiados, aun cuando la decisión fue favorable para el autor, el razonamiento contenía frases genéricas como "interés privado debe pasar por encima del público" – e irónicamente uno de los motivos presentados en las decisiones contrarias al trato diferencial era, precisamente, que "el interés colectivo debe prevalecer sobre los intereses individuales con el fin de procurar servir a toda la comunidad y no sólo tal o cual individuo". Es casi una conversación entre personas sordomudas en una habitación oscura.

Pero la acomodación no sólo se da por la acción judicial - que etimológicamente "dice el derecho" – que puede ser una de las dificultades encontradas por los jueces para dar un trato excepcional en ausencia de normas específicas. Es posible e incluso preferible que las acomodaciones sean hechas a partir actos normativos, una ruta más segura y no ha levantado mucha polémica, como la experiencia ha demostrado.

Un caso importante en este sentido, por el impacto nacional que ha adquirido, ocurrió en la realización del Examen Nacional de Educación Secundaria (ENEM) en 2009, cuyo Edital indicó que el "candidato sabadista" podría solicitar asistencia específica en el acto de inscripción en el concurso. En este caso, el candidato debería asistir a la ubicación de la prueba al mismo tiempo que los otros participantes, a saber, a las 12h y debería esperar en la sala reservada a tal fin, para iniciar la prueba a las 19 horas y debiendo estar en régimen de incomunicación durante este intervalo. Es interesante observar que esta disposición normativa resultó de diálogos y reuniones entre los representantes de INEP (instituto encargado del examen) y la Iglesia Adventista del Séptimo Día, como se informó en algunos sitios de Internet en el momento¹⁷.

Sin embargo, el Centro de Educación religiosa judía y un grupo de 22 estudiantes judíos, se mostró insatisfecho con la solución adoptada, y presentaron una acción ordinaria alegando, exclusivamente a ellos, la realización de la prueba otro día. La prueba, por supuesto, sería otra, pero con el mismo grado de dificultad. El juez del 16 Juzgado

¹⁷ En: www.educacaoadventista.org.br, fecha en 26/10/2009.

Federal de la Sección Judicial de San Pablo rechazó la demanda "con el argumento de que la designación de días y horarios alternativos para la realización de pruebas representan el establecimiento de reglas especiales para un grupo particular de candidatos sobre los demás con la consiguiente violación del principio de igualdad". En un recurso contra esta decisión, el juez federal Mairan Maia, del Tribunal Regional Federal de la 3ª Región, concedió una medida cautelar otorgada, "para entender que la designación de una fecha alternativa para la realización de ENEM podría constituir un medio de realización del derecho fundamental a la libertad creencia, previsto en el art. 5º, VI, de la Constitución". El Ministro (entonces presidente) de la Corte Suprema, Gilmar Ferreira Mendes, mientras análisis de apelación de Unión, suspendió dicha reparación de emergencia en la toma monocrática más tarde confirmada (en apelación) por el pleno del Supremo Tribunal (STA 389) – con la excepción del ministro Marco Aurélio el cual fue favorable para la restauración de la medida cautelar.

El ministro Gilmar Mendes señaló que la intención de los autores - de indicar otro día para la realización de la prueba - "podría ser a priori considerada una medida de acomodación, capaz de proteger de sobrecargas no deseadas en un grupo religioso, que en nuestro país, se revela minoría" Sin embargo, el ministro entiende que la designación de nueva fecha para la prueba no estaría "en línea con el principio de igualdad, cambiando privilegio para un grupo religioso en particular". Y que si bien no fue insensible al argumento de que la medida adoptada por el MEC dañaría candidatos judíos sabáticos que tendrían que ser confinados hasta el final del día, para empezar sus pruebas, la acomodación realizada por el Ministerio de Educación ocurría "a pesar de los problemas derivados de la designación de día alternativo, más en línea con el deber de neutralidad del estado ante el fenómeno religioso (que no debe confundirse con la indiferencia [...]) y con la necesidad de tratar todas las denominaciones religiosas de igual manera".

A excepción de un ministro (Marco Aurelio), los otros miembros de la Corte siguieron el voto del ministro Gilmar Mendes, y la prueba se llevó a cabo el sábado según lo establecido en la convocatoria.

El tribunal no ha entrado, en este u otro caso, en una comprensión definitiva del problema de objeción de los religiosos sabáticos para llevar a cabo las pruebas en los sábados, es decir, si y en qué medida se podría requerir una alternativa a la regla general. Incluso el ministro Gilmar Mendes señaló que el Supremo Tribunal aún tendría la oportunidad de analizar en profundidad esta cuestión cuando sean juzgadas las acciones directa de inconstitucionalidad presentadas en contra de las leyes estatales que prohíben la realización de concurso público en la hora que no puede ser observada por los miembros de las religiones que guardan el sábado como un día santo. En el caso del ENEM, trataba de resolver un incidente contracautela, con vistas los riesgos que la

ISSN 0719-7160

decisión del tribunal inferior sería capaz de generar el orden público. Y dentro de estos límites, el Supremo Tribunal decidió que el artículo 5º, VIII, de la Constitución no garantiza a los ciudadanos sabáticos un derecho de hacer la prueba en otro día no el sábado. Ministro Cezar Peluso, siguiendo la comprensión del ministro Gilmar Mendes, agregó que no habría ninguna ofensa a la libertad de creencias, ni conciencia, ni tampoco estaría el Estado "privando a un grupo de ejercicio de derechos por razón de orden religiosa. Más bien, en este caso los interesados es que podían dejar de ejercer un derecho garantizado por el estado por razones religiosas. Exactamente lo contrario de lo que la norma constitucional impide".

A mencionado en el tópic 2, la parte final del art. 5º, VIII no es tan clara como la primera en relación con su significado y alcance, que en la práctica ha permitido que decisiones opuestas sobre la base de este mismo dispositivo. De este modo, si por un lado, el Ministro Cezar Peluso refuerza la idea de que la religión va a obstaculizar el ejercicio del derecho garantizado por el Estado – y no el inverso – por otra parte, el Ministro Marco Aurelio, el único con opinión divergente, entendió que se debería mantener la decisión del tribunal inferior", en la cual se determinó la observancia de la cláusula final de la alinea VIII del artículo 5º, para revelar que uno siempre debe prever el prestación alternativa. La prestación alternativa, más que factible, sería la designación del examen para un día de trabajo, día de funcionamiento normal, teniendo en cuenta los diversos sectores de la sociedad ", ya que la medida prevista en la convocatoria, de acuerdo con el ministro, no observó la razonabilidad y proporcionalidad.

Es difícil afirmar con seguridad el compromiso del ministro Marco Aurelio con el alcance que le dio el dispositivo – que, estrictamente hablando, no establece un deber de "siempre ofrecer prestación alternativa" – y su comprensión acerca de la falta de razonabilidad de la acomodación propuesta en la convocatoria. Eso es debido a que en 2002, el entonces Presidente de la Corte, el ministro Marco Aurélio, cuando juzgó una solicitud de "suspensión de seguridad" (SS 2144), mantuvo la decisión del tribunal inferior que había permitido a un ciudadano Adventista del Séptimo Día de hacer la prueba de un concurso público en una hora distinta, aseguró su régimen de incomunicación, señalando entre otros, precisamente el carácter razonable de la medida.

De todos modos, la acomodación tal y como es deseada por los demandantes exigiría una carga argumentativa mucho mayor de la que fue aportada por el ministro Marco Aurélio o el Juez Federal Mairan Maia (Tribunal Regional Federal de la 3ª Región), que también citó dispositivos genéricos tales como la "dignidad humana" (art. 1º, III), el compromiso del Estado brasileño para "construir una, justa y solidaria sociedad libre"

(art. 3º, I), "promover el bien de todos sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación" (art. 3º, IV), y recuerdan que la Asamblea Nacional Constituyente en 1988 había llamado "el nombre de Dios", por último, una el simple montaje de dispositivos vagos y amplios que distraen de lo que se discute y lo que es relevante para su resultado.

Los problemas relacionados con la observancia de los días festivos y las fechas festivas por las minorías religiosas no se limitan a custodia hasta el sábado - un tema que une a los adventistas y los judíos (en la mayoría) ortodoxos. Un problema frecuente en este campo se refiere a los días festivos propios del judaísmo, religión que sigue un calendario específico, por lo que sus días festivos (como con la fiesta católica del Corpus Christi) no tienen una fecha predefinida, que van de un año a otro. Las festividades más importantes de esta creencia básicamente se reducen a tres: *Yom Kippur* (Día del Perdón), *Pessach* (Pascua) y *Rosh Hashaná* (Año Nuevo en el calendario judío). En Brasil, teniendo en cuenta las diferencias culturales y el contexto social, parece suficiente que las ausencias justificadas sean consideradas, tanto en el entorno escolar y en el trabajo, las ausencias judíos – ortodoxos o no – en estos días de celebración religiosa, observándose también en el ámbito de la escuela, que no deberían celebrarse pruebas de ningún tipo en estas fechas, a fin de no perjudicar a los estudiantes judíos, que serían necesarios para realizar una prueba aparte de aquella hecha por los demás.

Tenga en cuenta, en el país, una cierta tendencia de acomodaciones e ese sentido.. En la ciudad y en el estado de Río de Janeiro, se aprobaron leyes que dispensan los servidores de la administración de firmaren presencia en los días determinados de la observancia de *Yom Kipur*, *Pessach* y *Rosh Hashaná* (Ley Municipal nº 1410, 21/06/1989 y Ley de estado nº 2.874, de 19/12/1997). El convenio colectivo del Sindicato de Maestros de Río de Janeiro, que entró en vigor el 1 de abril de 2001, establece que "no se descontará de los salarios de profesores israelíes las ausencias en los días de fiesta judíos, a saber, el Día del Perdón y el Año Nuevo judío". Asimismo, el Consejo de la Magistratura del Tribunal Supremo del Estado de Río de Janeiro decidió por unanimidad "recomendar a los excelentísimos Srs. Jueces de Derecho del 1er grado de jurisdicción, a por la aplicación previa de la fe mosaica, sin perjuicio de las partes, reunió a los costos que se deben a cualquier citación, reciben las solicitudes de aplazamiento o nueva designación de fecha para las audiencias que caen dentro de la fiesta religiosa 'Yom Kipur' (Día del Perdón)". En la ciudad de Porto Alegre, se aprobó una ley (Ley nº 10.010, de 06/07/2006), que asegura que los estudiantes en las instituciones educativas públicas municipales, "la transferencia de días de trabajo y las fechas de los exámenes académicos, como cualesquiera actividades del plan de estudios en día que no coinciden con el período de suspensión días religiosos" (art. 2º), que abarca no sólo los días festivos judíos, sino también el sábado, como día de guardar¹⁸.

¹⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme. Op. cit., p. 242.

Por último, debemos mencionar un caso interesante ocurrido en las elecciones de octubre de 2006 a los poderes ejecutivo y legislativo a nivel federal y estatal. En virtud de la Constitución de 1988, tanto en la primera como en una posible segunda ronda, las elecciones siempre deben ocurrir en los domingos, que resultó por alejar el problema planteado en las elecciones de 1986, sobre la participación de los ciudadanos adventistas del séptimo día y Judíos ortodoxos que guardan el sábado como un día santo. Sin embargo, la fecha de la elección en 2006 terminó coincidiendo con la fiesta judía de Yom Kipur, lo que afectando a toda la comunidad judía, he aquí que la observancia de este día no se limita a los grupos ortodoxos. A medida que la fecha de las elecciones fue establecida por la Constitución, no sería posible, jurídicamente, cualquier decisión que intentase cambiar el día de la campaña electoral. Por lo tanto, en el día del perdón, de singular importancia a la religión judía, los ciudadanos judíos no sólo deben asistir a los centros de votación como posiblemente servir como trabajadores electorales si sorteados por tanto, en virtud de la ley. En el primer caso, sería posible, con el fin de salvaguardar la fiesta, justificar el hecho de no ejercer el derecho y el deber de votar, alegando que tanto el derecho a la objeción de conciencia - razón que si no acepta en última instancia, implicaría sólo el pago de un valor significativo como una multa. La segunda hipótesis, sin embargo, es más delicada, ya que implicaría un sacrificio absoluto a las obligaciones religiosas correspondiente a un día de guardia que se produce sólo una vez al año. Debido a esto, la Confederación Israelí de Brasil (Conib) presentó una denuncia (nº. 2058) al Tribunal Superior Electoral requiriendo que no fueron llamados "cualquiera de sus miembros a las funciones de miembro de la junta, secretario o presidente de la mesa electoral" y que no fueran sus escuelas "utilizados como centros de votación". En este sentido, el TSE después de exponer que "ha determinado que debe evitarse la instalación de las mesas en los templos de cualquier culto", con el argumento de que "los edificios para los servicios religiosos no deben ser expuestos a otro uso público" dijo que "las propiedades en cuestión no son templos religiosos pero escuelas privadas, que están destinados a formación educacional de ciudadanos para que entren en la sociedad ", por lo que "no hay ningún obstáculo para la designación de estos edificios como centros de votación por los jueces electorales". Sobre el segundo punto, el TSE señaló que "el servicio público electoral es deber obligatoria impuesta a los ciudadanos en general" y que "la designación de los votantes para actuar temporalmente en las elecciones, sus impedimentos y sanciones administrativas y penales contra los que rechazan que se regulan en el Código Electoral". Se decidió que "el interés público inherente en el proceso electoral se sobrepone al interés de los grupos religiosos. Abstenerse de cumplir a la llamada electoral bajo la excusa de profesar una religión en particular escaparía al deber que Constitución patria impone, en el art. 5º, VIII". Esta decisión, rechazando ambas peticiones, aunque esté marcada en sus fundamentos, por una falta

de sensibilidad para hacer frente a este problema, estableció una advertencia al final, asegurando la "posibilidad de formulación de una solicitud de dispensa del servicio electoral directamente a juicio electoral competente, la cual examinará el caso, de acuerdo con la ley". Esta excepción permitió a los jueces apreciar caso a caso las solicitudes de dispensa, que, al menos en el Estado de Río de Janeiro, en última instancia, sirven a los intereses de los ciudadanos judíos seleccionados al azar para ejercer la función de miembro de la junta en esas elecciones.

3.2 El uso del velo y el hábito en los documentos de identidad

El uso de símbolos religiosos como el *hijab* musulmán o por hábito por monjas ha sido un problema histórico en relación a los documentos oficiales que requieren las fotos de identificación. En Brasil, en 1956, el TSE examinó el caso de una monja que había rechazado su registro de votantes, por negarse a presentar la foto sin el hábito tradicional. La Corte aseguró el alistamiento, con el argumento de que "el retrato, con el hábito externo y el sombrero, que las religiosas usan de acuerdo con las reglas de su orden, en lugar de contrarrestar los objetivos de la ley electoral, contribuyen a una mayor identidad de los votantes" (TSE, Resolución 5.389 28.12.1956)¹⁹. La solución es adecuada, pero por las limitaciones del sistema judicial brasileño, la decisión, dictada por más de medio siglo, no consolidó un entendimiento con eficacia global y duradera. Es decir, no representó un stand de del Derecho brasileño sobre el tema, de modo que una pregunta tan antigua se mantuvo – y en algunos casos aún permanece – indefinida. Un ejemplo reciente de esta falta de orientación legal y segura se refiere a la posibilidad de que monjas y musulmanas puedan usar el hábito y velo en el retrato de la licencia de conducir (Licencia Nacional de Conducción – CNH). En el estado de Paraná, donde se encuentra la segunda comunidad árabe más grande del país (la más grande es en São Paulo), el Departamento de Estado de Vehículos Motorizados (DMV-PR) no permitió que se emitiera la licencia de conducir si, en la foto, la mujer estaba llevando un velo o hábito. La agencia de transporte fundamentó su decisión a partir de un acto normativo emitido por el Consejo Nacional de Tránsito (Contran), que, al disponer acerca de la fotografía, declaró que "el solicitante o el conductor no puede hacer uso de gafas de sol, gorras, gorros, sombreros o cualquier otra prenda de ropa / accesorio que cubre parte de la cara o la cabeza" (Resolución 192/2006 Contran). El mismo entendimiento fue adoptado por Detran de Río de Janeiro. Ya los Detrans de Rio Grande do Sul y São Paulo, sujetos a la misma regla, permitieron el uso de velo y el hábito.

El problema se ha presentado tanto al ámbito judicial como a la esfera política. En julio de 2011, el Ministerio Público Federal presentó una acción civil (acción colectiva) contra

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson Schreiber. **Minorias no direito civil brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 10 (abril/junho 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 145.

ISSN 0719-7160

la Unión Federal y el Departamento del Estado de Paraná Tránsito que requiere que todos los religiosos que pertenecen a congregaciones y órdenes religiosas católicas activas en el área de cobertura Subsección poder judicial de Cascavel/PR podrían "sacar y renovar la licencia nacional de conducir mediante el uso, en CNH, de fotografía religiosa usando hábito, siempre que demuestren al Detran/PR que son parte de las instituciones religiosas reconocidas oficialmente". La acción ha sido movida a partir de una representación enviada por la monja Kelly Cristiana Favaretto, que había sido impedido de renovar su CNH por llevar el hábito. Curiosamente, en la CNH que tenía en el momento (válido hasta diciembre de ese año), la cual fue emitida por el Detran en Estado de Pará, la foto fue tomada con el uso del traje, lo que confirma el estado de incertidumbre generada por la falta de una regla clara con respecto a un problema específico. Teniendo en cuenta la decisión de denegación de la solicitud de medida cautelar (orden judicial), el Ministerio Público Federal (MPF) recurrió al Tribunal Regional Federal de la 2ª Región, que, en febrero de 2012, estimó el recurso - aunque la monja Kelly ya había tomado la imagen sin el hábito, debido al período de validez de su cartera.

Un punto a destacar aquí es que ambas decisiones se basaron en las mismas disposiciones constitucionales (art. 5º, VI y VIII), recurrieron al mismo método de ponderación de los intereses y valores constitucionales, y llegaron a resultados opuestos. Podría ser sólo una divergencia interpretativa, común en el Derecho, pero quizás sea algo más que eso. En esta etapa, el Derecho brasileño confía la resolución de conflictos como este a una ponderación poco cuidadosa que se hará a partir de los dispositivos vagos sobre un tema que, durante mucho tiempo, ha quedado fuera de la investigación académica más profunda.

De la ponderación realizada por el juez de 1ª instancia, como resultó:

A pesar de la libertad de conciencia y de creencia sea inviolable (art. 5º, VI, de la Constitución), comprendido el derecho del sujeto libremente orientarse según los puntos de vista religiosos establecidos, no se puede contravenir el orden público ni ofender a otro valor que, teniendo en cuenta el caso, se impone como superior y así, prevalezca. (...)

Por lo tanto, el derecho individual no puede ir más de una obligación común a todos los demás ciudadanos. Al igual que para la seguridad, nadie puede negarse a mostrar su rostro a un oficial de policía o una autoridad por una excusa religiosa o cultural.

No se desconoce la dificultad de separar las situaciones que son o no aceptables para las prácticas culturales y religiosas en que el bien común no se vea amenazado ni la individualidad no sea respetada.

Sucede que, al permitir la solicitud en la forma pretendida, además de violar la cláusula pétrea (art. 5º, artículo VIII de la Constitución), habrá una violación al principio de igualdad, tal como se establece en el art. 5º, *caput*, de la Constitución: "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo". Isonomía debe ser efectiva con la igualdad de la ley (la ley no puede hacer ninguna discriminación) y la igualdad ante la ley (no debe haber discriminación en aplicación de la ley). Recuerde que la Constitución prohíbe expresamente la discriminación con respecto al origen, raza, sexo, color, edad, estado civil, discapacidad y religión.

Independientemente de identificación perfecta o no de la fotografía con el uso de la costumbre, esto incluyendo el velo, hay que honrar / observar las reglas generales, no permitiendo ningún precedente.

Es de destacar también el hecho de que si se ha logrado tomar la fotografía alguna vez con el velo no se garantiza a la religiosa el derecho para renovar una vez más su CNH de la misma manera. No porque la norma no ha sido respetada una vez, que por lo tanto debe ser siempre o incluso si existe algún derecho adquirido en consecuencia. Por el contrario, ya que si no se observó una regla, debe ser oportuna conseguir su corrección.

Ya la ponderación hecha por el magistrado de la segunda instancia señaló en la dirección opuesta:

El enfrentamiento en tesis de los valores constitucionales (seguridad x libertad religiosa) debería ser resuelto por la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues estos dispositivos restringen la libertad religiosa con el propósito de supuestamente permitir la visibilidad del conductor y la seguridad en general. Como puntuado por el E. Fiscal Regional de la República Paulo Cogo Leivas, "a la pregunta, esta restricción es apropiada, es decir, impide o dificulta la identificación de serio? Si la respuesta es no, la medida no es apropiada, por lo tanto, viola la libertad religiosa. Si es apropiada sería otra pregunta, habría otro medio menos restrictivo a la libertad religiosa que permitiría la identificación? Si no había otra manera, entonces le tocaría ponderación. (...), Parece que el velo no afecta gravemente a la identificación. En ponderación también me parece que se cuelga el peso por la libertad religiosa".

En julio de 2012, finalmente fue dictada la sentencia por otro juez, y esta vez por la estimación de la solicitud, añadiendo al fundamento en favor del derecho de las religiosas el hecho de que es permitido el uso de la vestimenta religiosa en los pasaportes emitidos por la Policía Federal – que adopta las normas establecidas por la organización de Aviación Civil Internacional (ICAO), una organización internacional vinculada a las Naciones Unidas, que no requieren la eliminación del velo o hábito, siempre y cuando la ropa deja la frente y el contorno de la cara visibles:

Además, por las declaraciones anteriores, parece que, incluso las hermanas María y Rita tienen el ID y pasaporte, ambos con foto tomada con el velo, lo que indica la ausencia de dificultades en la identificación de las monjas que toman la foto de esta manera.

Vale la pena señalar que la tarjeta de identidad es un documento de identificación civil nacional en Brasil, o sea, que es específico para la identificación del ciudadano brasileño.

En la misma línea, el pasaporte es un documento de identidad emitido por el gobierno nacional, que registra formalmente su portador como un nacional de un Estado en particular, con la solicitud de autorización en nombre del gobierno emisor para que su titular pueda cruzar la frontera de un país extranjero. En general, es un documento internacional de identidad válido, a diferencia de la licencia de conducir nacional, que es válida sólo en el territorio nacional.

Por lo tanto, adelante de la situación anterior, veo que el argumento utilizado por el Detran para impedir que la hermana Kelly y las demás hermanas de sacasen la foto con su hábito, lo cual es, que el uso de la costumbre - velo - dificulta la identificación completa del conductor y daña la seguridad pública, debe ser rechazada.

No corresponde a este Tribunal a entrometerse subjetivamente en los ritos y creencias de cada religión para investigar si la retirada, aunque sea breve, del hábito religioso, debe ser tolerada por las hermanas, al igual que la Unión. Este problema debe restringirse a su libertad religiosa y su concepto de la dignidad personal, ya que ninguna afrenta al orden público.

La sentencia fue confirmada por el Tribunal Federal (mayo de 2014) y el Superior Tribunal de Justicia (noviembre de 2014), los recursos interpuestos por la Unión Federal.

También en 2012, la misma pregunta había sido llevada a la Cámara Municipal (órgano legislativo) de Foz de Iguazú, una ciudad de unos 22 mil habitantes que también se encuentra en el Estado de Paraná, con el fin de que el asunto fuera resuelto en la arena política²⁰. En este caso, las solicitantes eran musulmanas y las quejas también envolvían la negativa de expedir documentos de identidad por parte del Instituto de Identificación de Paraná. La Cámara Municipal llevó a cabo audiencias públicas, creó comisión especial para tratar el tema y se llevó el asunto al gobierno del estado²¹. El Fiscal General del Estado (PGE) en respuesta a la consulta enviada por el Instituto de identificación después de recibir la oficina de la ciudad de Foz de Iguazú, emitió un dictamen favorable sobre la base de que el acto normativo que prohibió el uso de sombreros,

²⁰ En: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/09/musulmanas-querem-manter-veu-para-fotos-de-documentos-no-sul.html> Fecha en 27/01/17

²¹ En: <http://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2013/05/comunidade-arabe-luta-pelo-uso-do-veu-islamico-em-documentos-oficiais.html> Fecha en 27/01/17

gorras, bufandas y "cualesquiera otros aderezos que impiden la identificación efectiva de la cara de la persona" (art. 2 de la orden de servicio núm. 15/2009, establecido por el director del Instituto de identificación Paraná) debería ser interpretado

de acuerdo con la Constitución (...) observando el derecho a la libertad religiosa y la legalidad, razón por la cual debe ser garantizado a los(las) religiosos (as) el derecho a utilizar sus prendas religiosas (velos, hábitos, etc.) en las fotos destinada a la confección de la tarjeta de identidad, dejando claro que, debido al deber / derecho a la seguridad pública deben estar claramente visibles en las fotos, la cara, la frente, la barbilla y la forma de los hombros.²²

Hay, en la opinión, mención al concepto de acomodación, pero el principio de razonabilidad - que en Brasil se ha utilizado con vaguedad, sin mayores criterios y especificaciones, apenas como un deber de ser o hacer una interpretación "razonable". De todo modo, la comprensión mostrada por Fiscal General del Estado estableció una excepción a la regla general con el fin de acomodar a una conducta religiosa mediante la imposición de determinadas condiciones derivadas del deber / derecho a la seguridad pública, los cuales no permiten el uso de cualquier tipo de velo o vestimenta de musulmanes (*niqab, burka, Hiyab, Shayla, chador, Al Amira*). En mayo de 2013, el director del instituto editó nueva orden de servicio que autoriza el uso de vestimentas religiosas (velos, hábitos, etc.), de acuerdo con la opinión del Fiscal General del Estado. Dos meses más tarde, se emitió un acto normativo firmado por el director general del Detran / PR y el por el gobernador del estado que autoriza el uso de vestimentas en la imagen de la licencia de conducir nacional²³.

3.3 El sacrificio de los animales en el culto de las religiones de origen africano

De acuerdo con el censo realizado en 2010, las religiones de origen africano (Umbanda y Candomblé en su mayoría) son practicadas por sólo el 0,3% de la población. Este porcentaje no refleja la importancia que estas creencias tienen en la realidad brasileña, pero, por otro lado, revela un contraste que ha marcado la libertad religiosa en Brasil: las religiones de origen africano (0,3% de practicantes) son las que más sufren la intolerancia y la discriminación en la sociedad (especialmente por los evangélicos).

Es en este contexto de diferencias, ignorancia y prejuicios, que surgen cuestiones legales controvertidas como la práctica del sacrificio de animales en rituales religiosos. Y el modo en que se introdujo el tema - "sacrificio de animales" - ya puede comprometer

²² MACIEL, Marcelo Cesar. Parecer. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 5, 2014, p. 300.

²³ En: <http://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2013/07/uso-do-veu-islamico-em-foto-de-cnh-e-autorizado-no-parana.html> Fecha en 02/02/17.

ISSN 0719-7160

parcialmente su análisis jurídico, por el sesgo que la expresión puede inducir. Estrictamente hablando, la cuestión que debe abordarse es el "sacrificio de animales como ocurre en los cultos religiosos", que ya debería alejar el juicio de aquellos que no son conscientes de la práctica concreta. Por otra parte, el argumento de que "prácticamente todas las religiones (...) practican sacrificio de sangre y ofrecimiento de comida, de manera explícita o simbólica"²⁴, utilizando incluso el pasado para legitimar el presente, está lejos de ser decisiva, aunque se reconoce que debe ser considerado.

El problema contemporáneo y concreto se refiere al sacrificio (explícito, no simbólico) de los animales tal y como ocurre en los servicios religiosos, evaluar en qué medida están protegidos por la libertad religiosa y en qué medida están en conflicto con la protección de los animales, también garantizada por la Constitución, que obliga a las autoridades públicas el deber de "proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad." (art. 225, § 1º, VII).

La prohibición de prácticas que provoquen la extinción de especies no estaría sujeto a ningún tipo de ponderación, siendo un obstáculo insuperable para cualquier práctica del sacrificio de animales, incluso por motivos religiosos. Sin embargo, esta constatación es más teórica que de interés práctico, ya que los animales sacrificados en los cultos de origen africano están lejos de encuadrarse en la categoría de especies en peligro de extinción.

La relación de los animales para ser sacrificados varía de acuerdo con el orisha [*orixá*] que se ocupa de la oferta, pero es posible señalar: cabras, ovejas, cerdos, palomas, codornices, patos, pollos y gallinas como los más típicos de los rituales de candomblé y Umbanda²⁵. Estos animales, además de no estar en peligro de extinción, todavía se utilizan para el consumo (con algunas excepciones, como el pollo negro que se utiliza en los despachos), de acuerdo con lo permitido por la legislación brasileña. Este es un hecho relevante legalmente, en que se identifica una ética comunitaria para los animales en cuestión, y por lo tanto evita el trato discriminatorio contra grupos religiosos minoritarios que utilizan estos mismos animales en sus rituales de sacrificio.

En 2003, fue aprobado en el Estado de Rio Grande do Sul el Código Estatal de la Protección de los Animales (Ley nº 11.915), que prohibió expresamente "ofender o

²⁴ AFLALO, Fred. **Candomblé: uma visão do mundo**. 2ª Ed. São Paulo: Mandarim, 1996, p. 98.

²⁵ AFLALO, Fred. *Op. Cit.*, pp. 54-93; BASTIDE, Roger. **O candomblé da Bahia: rito nagô**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 155; VOGEL, Arno; MELLO, Marco Antonio da Silva; BARROS, José Flávio Pessoa de. **Galinha D'Angola: iniciação e identidade na cultura afro-brasileira**. 3ª Ed Rio de Janeiro: Pallas, 2005, pp. 55 e 113-118; PARÉS, Luis Nicolau. **A Formação do Candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia**. 2ª Ed. Campinas/SP: Editora Unicamp, 2007, p. 345.

físicamente atacar a los animales, someterlos a cualquier tipo de experiencia capaz de causar angustia o daños, así como las capaces de crear condiciones de vida inaceptables” (art. 2º, I) y “privar de una muerte rápida y sin dolor para cualquier animal cuya muerte es necesaria para el consumidor” (art. 2º, IV). La ley, cuyo proyecto fue de autoría del diputado evangélico Manuel Maria dos Santos (pastor de la Iglesia del Evangelio Cuadrangular), generó una fuerte controversia con una amplia cobertura mediática, en la cual las comunidades religiosas afro-brasileños afirmaron que estaban siendo perseguidas y discriminadas, y con miedo de sufrir sanciones administrativas y penales. Algunos terreros (sitios donde se practican los cultos de Umbanda y Candomblé) fueron prohibidos por el poder público. En este contexto, el Diputado Edson Portillo (Partido de los Trabajadores-PT) presentó un proyecto de ley (PL nº 282/2003) que incluye un “párrafo único” al artículo 2º del Código, "explicando" que “desconsiderase en la prohibición el libre ejercicio de los cultos y las liturgias de las religiones de origen africano”. Según el parlamentario proponente, la enmienda al Código era necesaria, pues la libertad religiosa estaba siendo violada por dudosa e inadecuada interpretación de la ley. Y "ante esta ambigüedad de interpretación, los Templos Religiosos de matriz africana están siendo cuestionados y multados bajo la influencia y la manifestación de los sectores de la sociedad civil que utilizan indebidamente esta ley para informar al poder público sobre las prácticas que, en su opinión, maltratan animales"²⁶.

El proyecto fue aprobado por la Asamblea Legislativa y sancionado por el gobernador (Ley nº 12.131, de 22 de julio de 2004), que, en el mismo día, emitió decreto (Dec. nº 43.252) para regular lo dispuesto en el art. 2º del Código de Estado de la siguiente manera: "Para el ejercicio de los cultos religiosos cuya liturgia proviene de las religiones de origen africano, se pueden utilizar sólo los animales destinados al consumo humano, sin el uso de los recursos de crueldad a su muerte" (artículo 2º, Decreto 43.252).

Esta acomodación religiosa, sin embargo, fue objeto de una acción directa de inconstitucionalidad presentada por el Procurador General de Justicia (jefe del Ministerio Público) en el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul. La acción se basa en dos argumentos – y curiosamente ninguno implica explícitamente el maltrato a los animales. El primer argumento es un aspecto formal: la competencia legislativa para abordar la cuestión, de acuerdo con el Procurador General de Justicia, sería del gobierno federal, no del Estado, porque tendría contenido de derecho penal (artículo 22, de la Constitución). El segundo argumento es de carácter material: la ley del estado favorecía a las religiones de origen africano, en detrimento de los demás, lo que violaría la garantía de la igualdad (artículo 5º, *caput*, de la Constitución) y el principio de la laicidad del Estado (artículo 19, I, de la Constitución).

²⁶ En: <http://www.al.rs.gov.br/Diario/Proposicoes/PROP1676.HTM> Fecha en 02/02/17.

ISSN 0719-7160

El Órgano Especial del Tribunal de Justicia, integrado por 25 jueces, desestimó la demanda, sino por una mayoría de 15 contra 10, una pequeña diferencia que refleja en la esfera jurídica la controversia del campo político. El juez ponente, con el que la mayoría de los jueces estuvieron de acuerdo, entendió que la ley estatal no se refirió a materia penal (competencia legislativa del Gobierno Federal), y que nada excluiría "la incidencia del derecho penal en casos concretos y específicos, cuando atendidos los presupuestos". El ponente citó la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Iglesia de Lukumi Babalu Aye vs Ciudad de Hialeah*, en el cual "a pesar de que las leyes locales prohíben expresamente el sacrificio de animales – una práctica adoptada por dicha Iglesia, que pertenece a la confesión de "Santería" –, el Tribunal Supremo sostuvo que las autoridades locales deben respetar la tolerancia religiosa". El juez ponente estimó que "sin trazar paralelos con otras religiones y prácticas, o adoptar una motivación quizás más ajustada para aquel sistema legal", se aplicaría ese precedente "perfectamente" para el caso de Rio Grande do Sul.

La asociación entre los casos, sin embargo, carece de fundamento. La Suprema Corte había declarado la inconstitucionalidad de un conjunto de reglas de la ciudad de Hialeah (Florida) que prohibió el sacrificio de animales, definiéndose como sacrificio "matar innecesariamente a un animal en un ritual público o privado o ceremonia no con el propósito principal del consumo" (Reglamento 87-71), que afectó directamente a los servicios de la iglesia Lukumi Babalu Aye (de origen africano). Aunque la ciudad alegó en su defensa que se trataba de reglas neutrales para proteger a los animales de la crueldad y la muerte innecesaria, el hecho es que la legislación había excluido prácticamente todas las especies de masacre de animales, excepto el sacrificio religioso. Esto fue decisivo para que la Suprema Corte dictase la inconstitucionalidad de estas normas municipales, las cuales, como subrayan los magistrados, no consideraron cómo matar innecesariamente animales la práctica de caza para el ocio, la eutanasia en los animales abandonados, e incluso el juse de conejos vivos para entrenar a los perros de caza! No se puede sacar de la presente sentencia que la Suprema Corte ha dictaminado inconstitucional una ley para la protección de los animales simplemente porque impedía el ejercicio de cultos religiosos. Lo que la Suprema Corte no admitió fue la discriminación establecida por la comunidad local, que considera diversas prácticas legales que resultaron en la muerte de animales, excepto las que formaban parte de rituales religiosos de origen africano. Por lo tanto, no sería posible decir lo que el entendimiento de que la Corte tenía efectivamente una comprensión coherente de la Comunidad con respecto a la protección de la vida de los animales, y no la mera discriminación dirigida exclusivamente a la religión de origen africano.

El juicio realizado por el Tribunal do Rio Grande do Sul también consideró el deber constitucional del gobierno de proteger la fauna y la prohibición de "prácticas que

ponen en peligro su función ecológica, causan la extinción de especies o sometan los animales a la crueldad" (artículo 225, párrafo 1º, VII de la Constitución), aunque esto no había sido uno de los argumentos de acción, debido a la llamada "*causa petendi* abierta", lo que está permitido en las acciones directas de inconstitucionalidad. Y un punto a destacar en los votos de los jueces en este sentido fue la falta de lo que son efectivamente las prácticas rituales que estaban siendo juzgados. Uno de los jueces condenó el sacrificio de animales en los cultos religiosos, citando a largo extracto de un libro que relata un episodio en el estado j en 1955! Por otra parte, un juez que votó con la mayoría de la constitucionalidad de la disposición legal, dijo que ya fue dirigente de una de estas "casas religiosas" y nunca vio a "nadie sacrificar un animal con crueldad. La muerte es limpia y rápida".

El Procurador General de Justicia interpuso un recurso extraordinario (RE 494.601) para el Tribunal Supremo, reiterando los argumentos de la acción. El recurso aún no ha sido juzgado por el Tribunal Supremo, aunque se ha llegado a la corte un poco más de una década. En noviembre de 2016, el Ministro Marco Aurelio, ponente del recurso, dijo que el proceso ya podía ser juzgado. Este fue un mes después del tribunal, por una mayoría ajustada (6-5), declarada inconstitucional la ley del estado de Ceará que regula la "Vaquejada" (rodeos locales), una práctica de la cultura local, donde un toro se suelta en una pista y dos vaqueros tratan de derribarlo por la cola.

4. Consideraciones finales

Es posible notar en los últimos años un progreso – aún que tímido - en el tratamiento legal de estos conflictos que implican "excepción religiosa" y que pueden resueltos con la adopción de una acomodación (razonable). Los ciudadanos que son afectados en la observancia de sus prácticas religiosas por normas generales suelen demandar en juicio por un tratamiento excepcional. Sin embargo, creo que el camino más seguro para la acomodación no sería recurrir al Poder Judicial, sino la aprobación de reglas concretas y específicas. Y sostengo la posición a partir de tres puntos.

En primer lugar, no hay en el texto constitucional ningún dispositivo específico orientado a la acomodación por motivos religiosos: el art. 5º, VIII, que sostiene las decisiones en favor de los religiosos, también sostiene las decisiones contra los religiosos, y estas son en mayor número. El art. 5º, VIII, no permite "exigir" del Estado el respeto a cualquier disposición de cualquier religión, como se fuera un derecho potestativo.

En segundo lugar, los juristas brasileños adoptan un razonamiento lógico y jurídico más abstracto y teórico, mientras la acomodación exige un tratamiento más concreto y

ISSN 0719-7160

práctico. Hay una responsabilidad mayor de creación del derecho impuesta a un órgano acostumbrado a decir el derecho, y sobre un tema poco investigado en Brasil.

Por fin, el tercer punto es que la experiencia tiene demostrado una aceptación de acomodaciones religiosas por actos normativos, sin considerarlos inconstitucionales por violación a la regla de igualdad.

Referencias bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

AFLALO, Fred. Candomblé: uma visão do mundo. 2ª Ed. São Paulo: Mandarim, 1996.

BASTIDE, Roger. O candomblé da Bahia: rito nagô. São Paulo: Companhia das Letras, 2001

Comissão de reflexão sobre a aplicação do princípio da laicidade na República. (tradução de LEITE, Fábio Carvalho; ALMEIDA, Celina Beatriz Mendes de; HOMBEECK, Guilherme Augusto V. van.) In: LEITE, Fábio Carvalho (Org.). Cadernos do Departamento de Direito Constitucional. PUC-Rio, Série Monográfica: Laicidade e liberdade religiosa, vol. 1, Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC), 2010. p. 7-44.

DADAKIS, John D., RUSSO, Thomas M. "Religious Discrimination in Employment: The 1972 Amendment – A Perspective" Fordham Urban Law Journal Volume 3, Number 2 1974, Article 6.

GIUMBELLI, Emerson. O Fim da Religião – dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

KOUSSENS, David. Neutrality of the State and Regulation of Religious Symbols in Quebec and France. Social Compass, v. 56, n. 2, p. 202-213, jun. 2009.

LEITE, Fábio Carvalho. O laicismo e outros exageros sobre a Primeira República no Brasil. Religião & Sociedade, v. 31, p. 32-60, 2011.

LEITE, Fábio Carvalho. Estado e Religião no Brasil: a liberdade religiosa na Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2014.

MACIEL, Marcelo Cesar. Parecer. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 5, 2014, p. 300.

NAME, Paula Carmo. A liberdade de crença religiosa na Constituição Federal de 1988. Dissertação de mestrado em Direito Público (PUC-SP). São Paulo, 2004.

PALOMINO, Marco A. Huaco. Derecho de la Religión. El principio y derecho de libertad religiosa em el ordenamiento jurídico peruano. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Fondo Editorial); Universidad Peruana Unión, 2005.

PARÉS, Luis Nicolau. A Formação do Candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia. 2ª Ed. Campinas/SP: Editora Unicamp, 2007.

PASSALACQUA, Gabriella Palhares. Apartheid Religioso: a Suprema Corte dos EUA e o caso *Church of the Lukumi Babalu Aye vs. Hialeah City*. In: LEITE, Fábio Carvalho (org.). Cadernos do Departamento de Direito Constitucional – PUC-Rio, Série Monográfica: Laicidade e liberdade religiosa, vol. 1, Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC), 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. A liberdade de culto no pleito de 15-11-86. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.24, n. 94, abr./jun., 1987.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Critovam dos. Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. Niterói: Editora Impetus, 2013.

TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson Schreiber. Minorias no direito civil brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 10 (abril/junho 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 145.

VOGEL, Arno; MELLO, Marco Antonio da Silva; BARROS, José Flávio Pessoa de. Galinha D'Angola: iniciação e identidade na cultura afro-brasileira. 3ª Ed Rio de Janeiro: Pallas, 2005.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, culto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.