

DOLORES MORONDO TARAMUNDI

El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa

ABSTRACT:

This text aims at examining some troublesome points of the debate on the reasonable accommodation of religious diversity raised in relation to the notion of equality, or rather, in relation to the prohibition of discrimination. The analysis initiates from some issues regarding the way in which the different uses of the terms “secularisation”, “secularism” and “neutrality” (*laicidad*) have marked the debate on religious freedom. Through the technicalisation of the concept of “*laicidad*”, thus dispelling ambiguous and overlapping meanings, the relationship between freedom of religion and the antidiscrimination principle can be examined from a perspective different from the current perception of the conflict of rights.

Este trabajo pretende examinar algunos puntos problemáticos del debate sobre el acomodo razonable de la diversidad religiosa cuando aparece en conflicto con la igualdad, o más precisamente, en relación con la prohibición de discriminación. El texto analiza algunas cuestiones relativas a los diferentes usos de los términos “secularización”, “secularismo” y “laicidad” que han marcado el debate sobre la libertad religiosa. Mediante la tecnificación del concepto de laicidad, disipando los problemas de ambigüedad y superposición de significados en el uso de este término, podemos examinar la relación entre la libertad religiosa y el principio antidiscriminatorio en manera alternativa a la actual percepción del conflicto de derechos.

KEYWORDS:

Freedom of religion, equality, antidiscrimination clause, secularism, ECHR

Libertad religiosa, igualdad, derecho antidiscriminatorio, laicidad, CEDH

DOLORES MORONDO TARAMUNDI *

*El principio de laicidad y
el principio antidiscriminatorio en la discusión
sobre la libertad religiosa*

1. Introducción – 2. La laicidad como principio y como mecanismo jurídicos – 3. Problemas de laicidad en la relación entre libertad religiosa y principio antidiscriminatorio – 4. Problemas de laicidad en el principio antidiscriminatorio: excepciones y conflictos.

1. *Introducción*

El incremento y la mayor visibilidad del pluralismo religioso en las sociedades occidentales, así como las demandas de acomodar una creciente diversidad de prácticas religiosas o religioso-culturales por parte de minorías religiosas (inmigrantes o autóctonas) han dado lugar en los últimos años a una discusión, no siempre clara, sobre la laicidad, el secularismo y la secularización en

* Investigadora del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto (Bilbao). E-mail: dolores.morondo@deusto.es. Este trabajo es parte de un proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación nº CSO2011-24804 “Nuevas demandas sociales y prácticas de armonización de la diversidad religiosa en el espacio público local o regional”.

nuestras sociedades. Mucha parte de esta discusión se ha ocupado de los diversos “tipos” de laicidad/secularismo clasificados según los límites que se imponen a la expresión de la fe religiosa o a las prácticas religioso-culturales, o en base a las relaciones entre el Estado y las diversas confesiones religiosas presentes en su jurisdicción.

Este debate y las tipologías que ha producido, en particular las desarrolladas a partir del Informe Bouchard-Taylor en Canadá (2009) o en el contexto de la crítica de las legislaciones francesa y belga que prohíben el velo integral (de 2010 y 2011 respectivamente) nos sirven ahora para encuadrar una discusión cada vez más urgente sobre la relación entre la libertad religiosa y la igualdad, o con mayor precisión, entre la libertad religiosa y el principio antidiscriminatorio que constituyen el fundamento justificativo de la idea de laicidad.

Para indagar esta relación examinaremos, en primer lugar, algunos perfiles de la idea de laicidad. Vistos los problemas – particularmente graves en ámbito jurídico – de la falta de precisión de los términos “secularismo” y “laicidad”, de su traducción entre lenguas y sistemas jurídicos diversos y de su uso desde diferentes perspectivas disciplinares, intentaremos aclarar el ámbito de la discusión mediante una delimitación terminológica. Presentaremos para ello una propuesta técnica del concepto de laicidad que permita delimitar su uso jurídico. A continuación, nos ocuparemos de la relación entre laicidad, libertad religiosa y principio antidiscriminatorio examinando, en particular, dos tipos de problema en relación al principio antidiscriminatorio que surgen del enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesia, que es la manera predominante de entender la laicidad en Europa. La persistencia de esta forma de entender la laicidad suscita problemas relativos al principio antidiscriminatorio tanto en relación al derecho de libertad religiosa como considerándolo separadamente. Veremos los perfiles más significativos de

ambos tipos de problema gracias a dos recientes y controvertidos asuntos discutidos ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo, los casos *Lautsi* y *Eweida*.

2. *La laicidad como principio y como mecanismo jurídicos*

2.1 Los debates sobre la laicidad pueden ser considerados un campo de minas terminológico. Estas dificultades pueden atribuirse sólo parcialmente al carácter internacional del debate y a la constante traducción e importación/exportación de términos entre lenguas y culturas jurídico-políticas diferentes. Creo que la causa fundamental de la confusión terminológica que acompaña el debate sea el carácter de *conceptos contestados* de “laicidad”, “secularización” y “secularismo”¹. De aquí las reiteradas re-significaciones estipulativas y las pseudo-definiciones emotivas que pululan en el debate².

El análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que examinan casos en los que se combinan demandas relativas a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 9 del Convenio Europeo) con demandas relativas a la prohibición de discriminación

¹ Un concepto contestado es una expresión cuya indeterminación no deriva de la vaguedad del concepto ni de la ambigüedad del término sino de un profundo disenso sobre las razones para atribuir un significado a una determinada expresión lingüística. Véanse, GALLIE 1956; DICIOTTI 1992.

² El tipo de adjetivación (connotado emotivamente) es normalmente un indicio fiable de la presencia de definiciones persuasivas. En el debate sobre la laicidad, por ejemplo, abundan las contraposiciones entre laicidad/laicismo; laicidad sana, abierta o plural contra laicismo o laicidad excluyente, severa o rígida; regímenes de laicidad liberales o plurales contra regímenes republicanos, etc.

(artículo 14) muestran la conveniencia de un esquema analítico-conceptual que se aparta de las tipologías usadas comúnmente en la literatura³. Éstas – a pesar de su indiscutible contribución al debate – no centran suficientemente el problema que queremos afrontar aquí por una cuestión de carácter metodológico: estas tipologías y cuadros conceptuales son, en realidad, propuestas normativas sobre la laicidad, sobre qué debería ser, qué principios o derechos debería proteger, qué debería limitar y qué no. En consonancia con su carácter normativo, estas tipologías sirven fundamentalmente para evaluar (no para comparar)⁴ los diferentes regímenes de laicidad. Sin embargo, al presentarse como “tipologías” raramente reconocen esta finalidad prescriptiva, ni explican los criterios utilizados en la evaluación, ni justifican la importancia, la necesidad o la bondad de dichos criterios. En resumen, presentan un ejercicio normativo (la evaluación) como si fuera una disquisición conceptual, ahorrándose la necesidad de justificar que acompaña los juicios evaluativos. Así, se usa

³ En este escrito sigo principalmente la obra de MACLURE y TAYLOR (2010) vista la importancia de esta propuesta teórica, resultado de la experiencia de los autores en la Comisión consultiva sobre las prácticas de acomodo relativas a las diferencias culturales. Los autores reconocen en el prólogo que su objetivo es profundizar las tesis esbozadas en el capítulo 7 del Informe Final de la Comisión (*Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport finale de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, 2008), generalmente conocido como Informe Bouchard-Taylor, por el nombre de los co-presidentes de la Comisión consultiva. Otras propuestas relevantes en relación al concepto de laicidad en los últimos años provienen del trabajo de Micheline Milot, Silvio Ferrari o David Koussens.

⁴ Sobre la distinción entre comparar y evaluar, y las implicaciones que se derivan en los juicios de igualdad, véase GIANFORMAGGIO 1993.

contraponer, por poner un ejemplo muy difundido en la literatura, el “modelo de la *laïcité* francesa” al “modelo de la laicidad abierta canadiense”, describiendo el primero como un modelo “secularista” que excluye la religión de la esfera pública mientras el segundo daría cobertura pública a las prácticas religiosas y sería, por tanto, un modelo liberal y pluralista. Una “tipología” como ésta no explica – e, incluso, esconde – el funcionamiento de los mecanismos de separación en ambos países, con multitud de elementos convergentes (como, por ejemplo, la financiación pública de las escuelas confesionales o el mantenimiento público de lugares de culto). La “descripción” de los modelos funciona más como una etiqueta que como una categoría explicativa⁵

⁵ En la obra de MACLURE y TAYLOR que nos sirve aquí de guía, la contradicción que causa el recurso a estas tipologías es explícita y, de hecho, los autores invierten un esfuerzo considerable en intentar despejarla. El capítulo 3 titulado “Los regímenes de laicidad” recoge en forma no estructurada ejemplos de regulación de la práctica religiosa, comentarios de carácter politológico, decisiones judiciales, mostrando un panorama a veces contradictorio, a veces contestado. Sin embargo, los autores concluyen con la propuesta de dos modelos o tipos ideales, el “republicano” y el “liberal-pluralista”. Cabría preguntarse si los mismos países tomados como modelo para esta clasificación (Francia y Canadá, respectivamente) cambiarían de posición clasificatoria si en vez de tener en la mente el caso del acomodo de símbolos religiosos en la escuela pública – como en el caso de nuestros autores – tomásemos otro punto de partida. Si, por ejemplo, fijándonos en la financiación pública de las escuelas religiosas tendríamos que clasificar a Francia como un régimen de laicidad liberal-pluralista y a Canadá como un régimen de laicidad republicano que relega (más que Francia) la religión a la esfera privada (y económica) de quien frecuenta ese tipo de escuelas. Cabría preguntarse también, cómo (con qué criterios) y dónde se clasifican otros sistemas de laicidad, como el español o el finlandés; y cuáles son los criterios para decidir que algo es un “régimen de laicidad” o se trata

y, de hecho, viene generalmente presentada con respecto al discurso de determinados exponentes políticos, infra-valorando y mencionando en manera marginal el funcionamiento de los mecanismos jurídicos e institucionales que desarrollan el principio de laicidad. El adjetivo “secularista” que caracteriza el modelo de laicidad francés, parece poder ahorrar a los autores que utilizan estas tipologías las dificultades empíricas de adaptar dicho “modelo” a la realidad jurídico-institucional francesa, compuesta por un entramado de mecanismos complejo y heterogéneo respecto a la normativa sobre la que se centra el debate político del momento (por ejemplo, la ley sobre símbolos religiosos ostensibles). La precisión de la descripción del ordenamiento jurídico-institucional relativo a la laicidad viene, en estos casos, supeditada a favor de una conexión con debates políticos o sociológicos que terminan por oscurecer los aspectos jurídicos del principio de laicidad.

2.2 En el esquema utilizado para analizar la jurisprudencia sobre libertad religiosa y discriminación, la distinción es triple: secularización, secularismo y laicidad.

– *Secularización*: proceso mediante el cual las prácticas sociales en sentido amplio (sociales, culturales, políticas, jurídicas) se emancipan de los marcos normativos religiosos que les servían de referencia.

Se puede hablar de una secularización socio-cultural, en sentido amplio, como el proceso mediante el cual las dinámicas sociales y la producción cultural se emancipan o se apartan de los marcos normativos religiosos de referencia⁶;

de un sistema confesional o clerical (en sus diversas graduaciones).

⁶ Este proceso de secularización de la producción cultural se suele datar en el Renacimiento. En el proceso de secularización cultural se atribuye generalmente un papel primordial a la secularización de la

podemos hablar también, de manera más limitada al objeto de nuestra discusión aquí, de la secularización político-institucional como el proceso mediante el cual el marco institucional político y jurídico de una sociedad se emancipa o se desliga de los referentes normativos religiosos⁷.

La distinción entre secularización socio-cultural y la secularización político-institucional representa, a menudo, un punto de tensión: tanto en trabajos teóricos como en discursos políticos podemos encontrar propuestas que plantean la conveniencia de una distinción fuerte, que permita al gobierno promover la secularización político institucional pero abstenerse de “secularizar” la vida social⁸. Una distinción de este tipo crea una serie de problemas. En principio, es cierto que la secularización socio-cultural y la secularización político institucional tienen dinámicas, objetivos y problemáticas independientes y tendencialmente no

producción científica que, desde Galileo e en el ámbito físico y cosmológico, ha desarrollado y consolidados paradigmas alternativos a los religiosos o a los legitimados por la religión.

⁷ Los ejemplos abundan: desaparición de la monarquía por voluta divina, de los delitos de apostasía o de herejía, de la “muerte civil” de los ateos, de la clasificación de los niños en las diversas categorías de la legitimidad y la ilegitimidad, la introducción del divorcio en los países católicos, etc. En particular, a causa de su influencia en los procesos de secularización de las relaciones sociales, hay que mencionar la inclusión en el ámbito del indiferente jurídico (es decir, de lo que está permitido y/o no regulado jurídicamente) de un amplio número de conductas previamente “normalizadas” o “estandarizadas” a los cánones de morales religiosas mediante el derecho estatal, como por ejemplo las relaciones sexuales extramatrimoniales, los modelos de familia, las conductas relativas a las diversas orientaciones sexuales, el control de la reproducción, etc.

⁸ MACLURE y TAYLOR 2010, 24.

sincrónicas y es, por ello, útil distinguirlas⁹. Sin embargo, la distinción entre estos procesos no representa un corte neto: aunque no se implican necesariamente, se alimentan mutuamente y van relacionados históricamente. La secularización político-institucional es, en sí misma, un elemento de la más amplia secularización socio-cultural y crea, además – como discutiremos más abajo – un marco normativo que propicia el proceso de secularización socio-cultural.

– *Secularismo* (en realidad, secularismos): secularistas serían las doctrinas o posiciones políticas (o teóricas) que promueven o justifican la secularización, es decir, los procesos de emancipación de las prácticas sociales respecto a los marcos normativos religiosos que previamente les servían de referencia.

De esta definición – intencionalmente minimalista – hay que destacar dos elementos.

En primer lugar, esta definición nos permite dejar de utilizar “secularista” como eufemismo de ateo o agnóstico y, en manera especular, “secular” para decir “laico cristiano”. Esto, que podría parecer una mera disputa nominal, es una fuente de confusión en buena parte del discurso político y jurídico sobre la laicidad del Estado. Un ejemplo reciente de ello, y que analizaremos más tarde, es la sentencia definitiva

⁹ Por poner un ejemplo: pueden existir, y han existido, corrientes culturales de secularización en contextos político-institucionales no secularizados como la “literatura vulgar” de la Florencia de los siglos XIII a XVI (el averroísmo de Guido Cavalcanti, la moral hedonista de Boccaccio, la política de Maquiavelo, etc.), o los libertinos del siglo XVII. Del mismo modo, podemos encontrar razones válidas para mantener marcos político-institucionales secularizados frente a la aparición o reaparición o visibilización de (nuevos) fenómenos religiosos en las sociedades actuales.

de 2011 en el célebre caso *Lautsi*¹⁰: al igual que había ocurrido en el debate nacional italiano, en donde agnósticos, ateos y no-creyentes vienen definidos “*laici*” (laicos), tanto la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo como, por ejemplo, el Prof. Weiler en sus alegaciones utilizan, en inglés, el adjetivo “*secular*” para referirse a la posición personal de la Sra. Lautsi, creando así una relación ambigua respecto a una de las maneras con las que se refieren a la neutralidad religiosa del Estado, el secularismo. Ambigüedades similares las encontramos también frecuentemente en la literatura sobre la laicidad “abierta” y los confines de la neutralidad religiosa del Estado. Hablaremos de ello más adelante.

En segundo lugar, estableciendo la distinción entre secularización y secularismo se pone en evidencia también la heterogeneidad de las posiciones secularistas, así como la dificultad de asociar los procesos de secularización al (o a un único) “secularismo”.

Como veremos enseguida, en la laicidad como principio constitucional hay siempre un componente secularista. Es decir, hay siempre un reconocimiento del valor democrático de un marco político, jurídico y social (social en sentido normativo) desligado de referentes normativos religiosos. Las democracias contemporáneas consideran que dicho marco de laicidad es el que permite y protege en mayor medida la libertad de conciencia individual¹¹: «El principio

¹⁰ *Lautsi y otros c. Italia* [GS], (n. 30814/06), 18 marzo 2011.

¹¹ La laicidad del Estado no se pone, por tanto, como un límite a la fe religiosa sino al confesionalismo o al clericalismo, es decir a las doctrinas políticas (y posiciones teóricas) que promueven y justifican la función política de las religiones o las Iglesias (o mejor dicho, de sus marcos normativos religiosos), tanto a nivel institucional como de formación o mantenimiento del vínculo político-social. La oposición al clericalismo es el punto común entre secularismo y laicidad. Si bien la laicidad, a

de laicidad [...] implica no indiferencia del Estado por las religiones sino la garantía del Estado para la protección de la libertad religiosa, en un régimen de pluralismo confesional y cultural»¹².

– *Laicidad*: principio jurídico-constitucional del que, generalmente, se han dotado las democracias occidentales desde el siglo pasado y el conjunto de mecanismos jurídico-institucionales que sirven para:

a) Renunciar a la naturaleza confesional del Estado, y/o

b) Establecer una serie de mecanismos que establezcan una separación (o que establecen cierta distancia, en la definición de Maclure y Taylor) entre el Estado (poder político) y la religión (o Iglesias).

Con esta redefinición del concepto de laicidad propongo, no tanto una definición estipulativa que lo aleje de su uso común, sino más bien una *tecnificación* del mismo, que ayude a precisar su uso jurídico, particularmente en relación a los otros dos conceptos que acabamos de mencionar, secularización y secularismo, que son más habituales en la sociología y en la filosofía política.

2.3 En esta concepción técnica jurídica, la laicidad es pues un principio constitucional que establece la separación entre el Estado y la Iglesia o las Iglesias que hasta ese momento

diferencia de algunas doctrinas secularistas, no es contraria a la creencia religiosa en sí misma, puede tener que limitarla – o mejor dicho, limitar su expresión – no en función del “secularismo” sino en función del principio de igualdad que está a la base de la laicidad junto con la libertad de conciencia. Un Estado democrático puede tener que limitar la expresión de la fe religiosa, además, en función de otros principios diferentes de la laicidad del Estado, como pueden ser la defensa o protección de derechos fundamentales.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional italiano no. 203 de 1989.

hubieran servido como referentes normativos, así como el conjunto de mecanismos jurídico-institucionales que garantizan y desarrollan este principio.

Si lo entendemos de este modo, resulta patente que el principio de laicidad se constituye en relación a un determinado contexto constitucional. Este concepto de laicidad no sirve, por tanto, para crear modelos “abstractos” de laicidad sino para describir marcos jurídico-institucionales que prevén mecanismos que, más o menos eficazmente, permiten actuar y garantizar la idea de separación entre Estado y religiones. La eficacia de estos mecanismos de garantía de la separación se evaluaría en relación a principios y valores que vienen a justificar la necesidad de la separación (generalmente, aunque no sólo, la libertad de conciencia y religión y la igualdad). Sin embargo, dicho análisis debe tener en cuenta también el marco concreto de laicidad y las dinámicas que pueden condicionar el funcionamiento de los mecanismos de separación.

En Europa el principio de laicidad se desarrolla generalmente superponiéndose a situaciones de confesionalidad estatal o a otros mecanismos de neutralización del conflicto religioso (como las leyes de tolerancia, por ejemplo). Institutos jurídicos, normas y situaciones de facto, producto de la histórica relación entre Estado e Iglesia(s), condicionan generalmente tanto la concepción del principio de laicidad en cada Estado como los mecanismos de actuación y su funcionamiento. Esto permite que en un sistema constitucional de laicidad convivan contemporáneamente elementos procedentes de diversos momentos de secularización del Estado (tanto de ampliación como de contracción del proceso de secularización).

Como ya he dicho, aunque el principio de laicidad de las actuales democracias no es resultado simple de una o varias doctrinas secularistas, responde a y contiene un “motor” secularista. El principio de laicidad es fruto de sedimentación histórica, innovaciones y resistencias en determinados institutos jurídicos, compromisos políticos en

sede constituyente, extensión de ciertos principios, derechos y libertades. Sin embargo, responde al reconocimiento de la bondad o de la necesidad histórica de crear espacios políticos y jurídicos libres y autónomos respecto a la guía religiosa o clerical. Es decir, no podemos olvidar que el principio de laicidad funciona como un mecanismo de *emancipación del Estado* (respecto a la religión, o más frecuentemente respecto a las Iglesias) en aras de la protección de los derechos de sus ciudadanos.

3. Problemas de laicidad en la relación entre libertad religiosa y principio antidiscriminatorio

La precedente reflexión sobre el debate terminológico no puede (ni pretende) tener carácter conclusivo. Constituye más bien un trabajo de aproximación que nos permite deslindar un concepto jurídico tecnicado de laicidad de otros conceptos, secularismo y secularización, de uso frecuente en las ciencias sociales, y que pueden ser fuente de confusión en el ámbito del derecho.

En el ámbito de la investigación en la que se encuadra el presente trabajo, este deslinde resulta clarificador a la hora de analizar una relación triangulada entre el principio de laicidad, la libertad religiosa y la prohibición de discriminación. En particular, nos clarifica esta relación en referencia a un aspecto concreto de la laicidad, su enfoque como relación Estado-Iglesia o en su versión más actualizada, Estado-confesiones religiosas.

El enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesias es una característica bastante común en diversos Estados europeos, y que incluso se ha extendido a la Unión Europea con el Tratado de Lisboa¹³. Considero que las actuales

¹³ El artículo 17 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión

sociedades multiculturales muestran una necesidad creciente de superar este enfoque y que los problemas que éste plantea en relación al principio antidiscriminatorio, y que intentaré resumir brevemente, sugieren la oportunidad de “repensar la laicidad”.

El enfoque Estado-Iglesias muestra, en mi examen, problemas relativos al principio antidiscriminatorio tanto en relación con la libertad religiosa como considerado separadamente. En este y en el siguiente párrafo veremos ambos grupos de problemas, gracias a dos recientes y controvertidos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los asuntos *Lautsi* y *Eweida*.

El enfoque Estado-Iglesias resulta problemático desde el punto de vista del principio antidiscriminatorio en relación a la libertad religiosa a causa de la “privatización” de la religión. Con “privatización” me refiero no a la (discutible y ya ampliamente criticada) distinción esfera pública/privada o a los modelos o concepciones de la laicidad que “relegan la religión a la esfera privada” (que resultan empíricamente bastante inconsistentes, como ya hemos tenido ocasión de discutir en relación a la “*laïcité* republicana”). Llamo así a un proceso de transformación en la idea de libertad religiosa en la segunda mitad del siglo XX. Originariamente la libertad religiosa protegía a los individuos en cuanto miembros de una determinada confesión religiosa (y frecuentemente en cuanto miembros de lo que en inglés se

Europa (TFUE) reproduce la estructura tradicional de las relaciones Estado-Iglesia, reconociendo a las Iglesias y a las asociaciones y comunidades religiosas el estatuto que les otorgan los Estados miembros, y estableciendo con ellas un específico mecanismo de “Diálogo” (art. 17.3), diferente del establecido para las asociaciones representativas y la sociedad civil en el artículo 11.2 del Tratado de la Unión Europea.

llama una *religious denomination*, es decir un subgrupo dentro de una religión) de las persecuciones, violencias y discriminaciones a las que se les sometía por parte de otros individuos miembros de otra confesión religiosa o por parte del Estado (confesional o no)¹⁴.

La libertad de religión al día de hoy se entiende de forma radicalmente diversa, en primer lugar porque tiene carácter subjetivo e individual¹⁵, pero además porque se entiende como una “cuestión privada”. Esto es, principalmente, el resultado de la “libertad negativa” en materia de libertad religiosa. Siguiendo el uso de esta expresión en la jurisprudencia del TEDU y en la doctrina, la “libertad negativa” significa, en el ámbito del artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dos cosas diversas:

a) En primer lugar, significa que el artículo 9.1 protege también a quien tenga creencias a-religiosas o anti-religiosas (ateos, agnósticos, indiferentes, etc.). Respecto de este significado, la jurisprudencia del Tribunal es constante¹⁶.

b) En un segundo sentido, la “libertad negativa” significa no estar sujeto a las prácticas religiosas de un grupo

¹⁴ Esta idea de la libertad religiosa, caracterizada por el elemento de colectividad, se encuentra en los documentos de derecho internacional sobre protección de minorías o en las teorías de la tolerancia, frecuentemente señaladas como el origen de los derechos humanos.

¹⁵ Primero, aparece en el art. 9 del CEDH, por ejemplo, como una especificación de la libertad de conciencia. Segundo, se interpreta no como pertenencia a una confesión o una Iglesia, sino como creencia o convicción personal profunda tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo como en la jurisprudencia internacional, por ejemplo en la decisión de la Corte Constitucional sudafricana *Navaneethum Pillay* (2007).

¹⁶ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen c. Dinamarca* (1976), párrafos 50-54; *Campbell and Cosans c. Reino Unido* (1982), párrafos 36-37; *Valsamis c. Grecia* (1996), párrafos 25-28; *Folgerø and Others c. Noruega* (2007), párrafo 84, *Lautsi c. Italia* (2011), párrafo 58.

determinado, la libertad de no creer, de no ser adoctrinado u obligado a las prácticas religiosas de otros. Éste es un significado diverso que, sin embargo, en las sentencias y en la doctrina se mezcla en modo poco claro con el anterior. Ciertamente este segundo sentido de la “libertad negativa” (libertad respecto de la religión) afecta a los no creyentes, pero atañe también a los creyentes de una religión respecto de las otras religiones, a los disidentes religiosos en relación a la ortodoxia de su propia religión y, en general, a cualquier creyente en relación a la propia religión, que se configura así como una “cuestión privada”, un acto voluntario cuyas prácticas, ritos y manifestaciones no pueden ser exigidos a los individuos a través del Estado. La religión se privatiza, pues, en el ámbito de la voluntad *individual*.

En tal contexto, con la religión entendida (jurídicamente al menos) como convicción personal y privada, las distinciones que provoca el marco institucional basado en un mayor reconocimiento público, mayor protección y mayores posibilidades de acción a las prácticas (religiosas y religioso-culturales, puesto que el Estado no puede entrar a valorar la ortodoxia de las prácticas) de los que puedan identificarse con una de las religiones con las que el Estado tiene determinados acuerdos (también éstos jerarquizados) comprometen el principio antidiscriminatorio en relación a las minorías religiosas, a las formas de creencia que no pueden (o difícilmente pueden) estructurarse según el modelo de las religiones tradicionales, a la disidencia religiosa y a los no creyentes.

Compromete además el principio antidiscriminatorio de otra manera, más difícil de ver desde la perspectiva tradicional de la prohibición de discriminación que entiende la discriminación como una infracción de la igualdad de trato. Esta perspectiva, que podríamos considerar un “umbral inferior de protección”, constituye la función típica y tradicional de las normas antidiscriminatorias: proteger a

ciertos grupos “vulnerables” o “minoritarios” de comportamientos desfavorables contra sus miembros.

Sin embargo, el principio antidiscriminatorio tiene también la capacidad, generalmente poco reconocida y aún menos aplicada en nuestros sistemas jurídicos, de cuestionar la acumulación de privilegio por parte de la mayoría o de los grupos dominantes, que es la otra cara de la desigualdad. Es decir, el principio antidiscriminatorio y el derecho antidiscriminatorio tienen la capacidad de cuestionar las estructuras de subordinación de los grupos que definen las relaciones de poder sobre las que se asientan los comportamientos discriminatorios¹⁷. Si bien en el análisis de los casos de discriminación, nuestra atención está generalmente centrada en el comportamiento concreto que sufre un individuo en cuanto miembro de un determinado grupo desfavorecido, el análisis antidiscriminatorio debe llevarnos a examinar las estructuras de subordinación, de las que ese caso no es más que una señal. Dichas estructuras responden y constituyen relaciones de poder entre grupos oprimidos o subordinados y grupos dominantes. El enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesia(s)/confesiones dificulta esta capacidad del principio antidiscriminatorio para denunciar las estructuras de subordinación porque actúa como mecanismo de legitimación de la hegemonía de ciertas posiciones, presentando el privilegio como simple alteridad. Este enfoque de la laicidad es heredero del papel público institucional que se reconocía a determinadas formaciones sociales (las Iglesias) y de concepciones de la libertad religiosa como la libertad de dichas formaciones para actuar sus creencias o regular el comportamiento social

¹⁷ Para profundizar en este tipo de enfoque del derecho antidiscriminatorio véase BARRÈRE y MORONDO 2011 y la bibliografía allí mencionada.

de acuerdo con éstas. Este enfoque protege, por tanto, formas de poder consolidadas históricamente (y en menor medida a quien se pueda asimilar, es decir, a otras religiones precedentemente discriminadas respecto a la mayoritaria), y bloquea la capacidad del principio antidiscriminatorio para exigir al Estado igual protección para la libertad de conciencia (religiosa o a-religiosa) de los individuos dentro del marco constitucional.

Este problema resulta evidente en el famoso caso *Lautsi*¹⁸. Las dos sentencias *Lautsi*, con sus resultados contrapuestos, giran alrededor del “umbral inferior de protección” del principio antidiscriminatorio. El uso ambiguo del término secularismo y laicidad, que comentábamos anteriormente, producen en las sentencias *Lautsi* una equivalencia entre los dos significados de la “libertad negativa”: la libertad religiosa de los que no creen consiste en no creer. Para la Sección Segunda del Tribunal, que dictó la primera sentencia en 2009, esto significa que quien no cree debe poder eximirse de la manifestación de las creencias mediante un mecanismo de exención. Como Italia no preveía tales mecanismos de exención, la Sala consideró que se violaba el Convenio¹⁹. Para la Gran Sala, esta libertad negativa consiste en no ser adoctrinados²⁰. Visto que no había adoctrinamiento, tampoco había

¹⁸ *Lautsi y otros c. Italia* (n. 30814/06), de 3 noviembre 2009 (Sección Segunda) y 18 marzo 2011 (Gran Sala). Seguramente el caso *Lautsi* no necesita presentación, vista la repercusión que tuvo tanto en Italia como a nivel europeo. Para una revisión bibliográfica véanse TOSCANO 2011 y la bibliografía allí citada. Fuera de Italia, BARRERO ORTEGA 2012 o el número monográfico dedicado a la sentencia definitiva por la revista «Religion & Human Rights», 6(3), 2011.

¹⁹ *Lautsi c. Italia* (2009), parr. 50 y 55.

²⁰ *Lautsi c. Italia* (2011), parr. 69-72.

violación del Convenio. Se trata en cualquier caso del umbral inferior de la protección contra la desigualdad, o sea, *lo que no podemos hacer* a los miembros de las minorías.

Lo que a estas concepciones del principio antidiscriminatorio les falta para poder hacerse cargo del pluralismo en un marco constitucional democrático es mover el enfoque hacia el polo opuesto del desequilibrio, es decir, preguntarse cuál es el límite del privilegio que puede acumular el grupo dominante. En el caso de las dos sentencias *Lautsi*, podríamos preguntarnos qué efecto ha tenido la falta de análisis del artículo 14²¹ sobre la libertad *positiva* de la señora Lautsi y de sus hijos, sobre la libertad de manifestar las propias convicciones, sobre el derecho a que los hijos vengan educados de acuerdo a los propios principios (y no sólo a que no vengan educados en el respeto de los principios de otros). Ambos tribunales, la Gran Sala y la Sección Segunda, se han preguntado únicamente qué es lo que el artículo 14, el principio antidiscriminatorio, no permitía hacerles. Pero ninguno ha mirado a un eventual²² “umbral superior” de la desigualdad. No se han preguntado

²¹ Aunque la Sra. Lautsi invocó la violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) junto con el artículo 9 y el artículo 2.1 del Protocolo Adicional, ninguna de las dos Sentencias ha considerado necesario examinar esta queja: la Sala porque consideraba el análisis antidiscriminatorio incluido en su razonamiento que se basaba sobre la posición de minoría de la demandante; la Gran Sala no ha dado una justificación en particular y su sentencia no contiene elementos de análisis antidiscriminatorio.

²² En nuestra cultura jurídica parece prevalente la opinión contraria a que se pueda siquiera configurar la idea de un “umbral superior” de la desigualdad; la discusión, sin embargo, está abierta. Se vea, por ejemplo, el debate entre Giuseppe Ugo Rescigno y Luigi Ferrajoli a propósito de la desigualdad económica en RESCIGNO 2008 y FERRAJOLI 2008.

por qué sólo la mayoría tiene una libertad positiva de manifestar las propias convicciones, por qué sólo la mayoría tiene el derecho a que los hijos sean educados según sus principios, por qué sólo la mayoría encuentra el apoyo de expresiones concordantes por parte del Estado.

El pluralismo y la democracia (que justifican el régimen de laicidad) no pueden sostenerse si el artículo 14 garantiza a las minorías únicamente “umbrales inferiores”. El pluralismo, especialmente en situaciones de desequilibrio como la del caso examinado, exigiría del artículo 14 otro tipo de acción, una limitación de la preponderancia de la mayoría, tanto porque se haga pasar por universalismo que porque se presente como una identidad colectiva homogénea. El pluralismo exigiría al principio antidiscriminatorio que conteste el privilegio que la posición hegemónica del grupo mayoritario consigue disfrazar de simple “alteridad”.

La Sentencia definitiva de 2011 acogió finalmente el argumento que construía el privilegio de la mayoría como simple alteridad, restringiendo así la función del principio antidiscriminatorio en la relación entre laicidad, libertad religiosa e igualdad. La formulación más conocida de este argumento la encontramos en las célebres intervenciones del profesor Joseph Weiler²³ y algunos puntos del razonamiento de la Sentencia, en particular, de la opinión separada y concorde de los jueces Rozakis y Vajić.

De los argumentos del profesor Weiler nos interesa aquí

²³ Después de la publicación de la nota Editorial de Joseph Weiler en la revista *European Journal of International Law*, en donde criticaba duramente la Sentencia de la Sección Segunda, ocho Estados Miembros del Consejo de Europa (Armenia, Bulgaria, Chipre, Grecia, Lituania, Malta, la Federación Rusa y San Marino) le encargaron su representación en la audiencia oral de la apelación interpuesta por el gobierno italiano frente a la Gran Sala (WEILER 2010a y 2010b).

destacar la manera en la que la situación de la mayoría se presenta como una *entre* las posiciones, escondiendo el privilegio, el contexto de desequilibrio, los obstáculos peculiares de la discriminación *contra* determinados grupos.

Weiler utiliza la forma literaria (de clara resonancia religiosa) de la parábola²⁴: Marco y Leonardo son dos amigos a punto de empezar la escuela juntos. En casa de Marco hay un crucifijo colgado en la pared y en casa de Leonardo la pared está desnuda. Tanto Marco como Leonardo se muestran sorprendidos por la decoración de la casa del amigo y vuelven agitados a sus casas, donde serán puntualmente reconfortados por sus madres. Al día siguiente los dos amigos van a la escuela y se plantea entonces, según Weiler, el dilema: si la escuela es “como la casa de Marco” (con crucifijo) Leonardo se sentirá incómodo e inseguro; si la escuela es “como la casa de Leonardo” (con la pared desnuda) Marco se sentirá incómodo e inseguro. ¿Qué hacer? La neutralidad religiosa es, según Weiler, imposible para el Estado, una quimera o, peor aún, un fingimiento: «En la condición actual de nuestras sociedades, la plaza pública desnuda, la pared desnuda en la escuela, no es de ninguna manera una posición neutral [...]. No es más neutro que tener un crucifijo en la pared. Esto es un engañoso bulo secularista, el contrario del pluralismo y tenemos que disiparlo de una vez por todas»²⁵. En el argumento de Weiler²⁶, por lo que atañe a las creencias religiosas y

²⁴ En realidad, una parábola deriva una enseñanza sobre un tema que no es el explícitamente afrontado en el relato. En la parábola de Weiler, sin embargo, el relato y el tema sobre el que nos quiere iluminar coinciden manifiestamente.

²⁵ WEILER 2010a, 4-5.

²⁶ Este argumento, como señala TOSCANO (2011, 7) fue recogido por el gobierno italiano en el recurso de apelación, que cita expresamente

filosóficas, el Estado no puede alcanzar una verdadera equidistancia, estará siempre más cercano de unos que de otros. La elección es binaria, dicotómica²⁷: el Estado puede ser laico y eliminar los símbolos religiosos del espacio público, o puede ser no-laico y admitirlos. Ambas soluciones son legítimas – según Weiler – en el marco de pluralismo de regímenes constitucionales de los miembros del Consejo de Europa, pero no son neutras. La segunda opción es, según nuestro autor, más favorable al pluralismo y a la tolerancia religiosa entre los individuos y los diversos grupos religiosos. La Gran Sala, por su parte, parece rendirse ante la imposible misión de neutralidad y reduce, desde el principio, su tarea al mínimo posible²⁸.

La estructuración del argumento en manera dicotómica lleva a una errónea presentación paritaria de las partes y a una reconstrucción falseada de las relaciones de poder entre los grupos.

En el argumento de Weiler, la innegable situación de privilegio de los católicos²⁹ viene reducida a circunstancia

la obra de WEILER *Un'Europa cristiana* (2003).

²⁷ El carácter dicotómico del argumento que presentó Weiler ante la Gran Sala – con dos dicotomías laico/no-laico y crucifijo/pared desnuda – ha sido eficazmente examinado por Lorenzo Zucca en el contra-argumento seleccionado por la revista *International Journal of Constitutional Law (I-CON)* como mejor respuesta al Editorial de Weiler (ZUCCA 2013).

²⁸ La reducción de la *res iudicanda* por parte de la Gran Sala es uno de los puntos salientes de los comentarios doctrinales. Por ejemplo, ITZCOVICH 2013; TOSCANO 2011, 18 ss; ZUCCA 2011.

²⁹ Como muestra, un botón: aunque la revisión del Concordato entre Italia y la Santa Sede que abolió la obligatoriedad de la enseñanza de la religión católica en la escuela pública es de 1984, todavía en 2011 (¡27 años después!) el Ministerio de Educación emitió una (nueva) circular (Circulares MIUR 1670/2011 e MEF 26482/2011) en la que

irrelevante o inocua (una mera “tradicción” nacional) o incluso como una posición amenazada o en peligro; en la “condición actual” de nuestras sociedades, según Weiler, la división fundamental no es la que separa las diferentes religiones (lo que podría justificar la retirada de los crucifijos³⁰) sino la división entre creyentes y no creyentes³¹. La laicidad, la neutralidad del Estado, se transforma en una adhesión respecto a “una” de las partes. La laicidad que favorecería a los “laicos” limita otros derechos y valores de los creyentes³²: la libertad religiosa colectiva de la nación, la identidad nacional, la tradición, el derecho del Estado a elegir símbolos (se supone: otros símbolos además de los constitucionalmente establecidos), el derecho de los padres y los alumnos católicos a mantener su posición dominante “sin restricción de lugar y forma”. Hay por tanto que establecer un juicio de proporcionalidad³³, pero el punto de partida de ese juicio de

recordaba a las escuelas que están *obligadas* a activar la enseñanza de una materia alternativa para quien no siga las lecciones de religión católica y a evitar las varias formas de *abandono o dejación de la función educativa en relación a dichos alumnos* (a los que se permite abandonar el centro, o se les “coloca” en el gimnasio, en el pasillo o en fondo al aula en donde se enseña religión católica).

³⁰ WEILER 2010a, 3.

³¹ Que ésta sea la división fundamental en nuestras sociedades lo contesta, con los datos empíricos sobre casos judiciales referidos a la libertad religiosa tanto en Italia como en el Tribunal de Estrasburgo, ZHURNALOVA-JUPPONOV 2011, 507-508.

³² «Quitar los crucifijos de las aulas en estas circunstancias equivaldría a un “abuso de posición minoritaria” y estaría en contradicción con la obligación del Estado de ayudar a que los individuos satisfagan sus necesidades religiosas». Recurso de apelación del Gobierno italiano, citado en TOSCANO 2011, 7.

³³ Opinión separada y concordante de los jueces Rozakis y Vajić, en la Sentencia *Lautsi c. Italia* (2011).

proporcionalidad no es la “pared desnuda”³⁴ sino el “status quo” con todo su desequilibrio negado: la mediación resultante es ese entorno escolar libre de *coerción* (entendida como adoctrinamiento) para las minorías que respete el derecho de la mayoría (y del Estado que se identifica con la mayoría) a la expresión de su identidad/religión sin más restricción que la prohibición de adoctrinamiento.

4. *Problemas de laicidad en el principio antidiscriminatorio: excepciones y conflictos*

En segundo lugar, el enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesias resulta también problemático desde el punto de vista del principio antidiscriminatorio considerado separadamente, puesto que el reconocimiento público privilegiado de las Iglesias (*et similia*) plantea problemas respecto a la compatibilidad de las normas religiosas (o religioso-

³⁴ Es improbable que Leonardo y su familia tengan las paredes de casa desnudas, y si lo hacen no es seguramente en cuanto no creyentes, puesto que las paredes desnudas no son el símbolo reconocido y reconocible del agnosticismo o del ateísmo. Es igualmente improbable que una escuela que muestre igual respeto por las convicciones religiosas o ideológicas de la comunidad educativa (alumnos, madres y padres, docentes y trabajadores del centro) tenga (mucho menos, tenga que tener) las paredes desnudas. Una escuela así no expondría símbolos religiosos como meras marcas identitarias o con función evocativa de “quién somos”. O, peor aún, con la función – que resalta en las discusiones que en Italia siguieron a la publicación de la primera sentencia de 2009 – de señalar “quién manda aquí” (ZHURNALOVA-JUPPONOV 2011, 502). Tampoco creo – a diferencia de Lorenzo Zucca o de la misma Maria Zhurnalova-Jupponov, por ejemplo – que acumular símbolos religiosos cambie el problema de fondo, puesto que su función continúa a ser la misma.

culturales) con los marcos constitucionales en general y con las normas antidiscriminatorias en particular.

Muchas creencias religiosas han tenido y tienen un papel activo en la transmisión, reproducción y legitimación de la subordinación y discriminación de determinados grupos sociales. La reintroducción de estas prácticas discriminatorias, bajo la etiqueta de libertad religiosa, crea contradicciones en los regímenes de laicidad de los Estados democráticos, que vienen generalmente percibidas en términos de conflictos de derechos.

Tenemos ejemplos actuales en las demandas de reconocimiento a las entidades religiosas de exenciones respecto a la aplicación de las normativas antidiscriminatorias europeas. En particular, asociaciones y lobbies de inspiración cristiana han promovido campañas a nivel nacional y europeo, advirtiendo de los peligros que entraña la Propuesta de Directiva de Igualdad³⁵ para “aspectos fundamentales de la libertad de los ciudadanos europeos” y de los efectos “devastadores” que tendría sobre la libertad religiosa³⁶. Esta norma europea proyecta extender el principio antidiscriminatorio en relación a la discapacidad, la religión, la edad y – especialmente, desde el punto de vista de las asociaciones cristianas involucradas – la orientación sexual en el ámbito del acceso a bienes y servicios; es decir, impediría legalmente discriminar contra personas homosexuales a organizaciones y proveedores

³⁵ “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (DIT) (COM (2008) 426).

³⁶ Véanse, por ejemplo, las campañas de organizaciones como European Dignity Watch, Alliance Defence Fund o European Center for Law and Justice.

individuales de bienes y servicios, aunque lo hicieran por motivos religiosos.

Responden a esta lógica también aquellas demandas de acomodo, que pretenden eximir a algunas personas individualmente, en base a las creencias religiosas, de la aplicación de una normativa antidiscriminatoria o de una normativa que no discrimina. Estas demandas de acomodo suelen presentarse como pretensiones de objeción de conciencia y de respeto de la libertad religiosa.

Un ejemplo claro de este segundo tipo de problema que suscita el enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesia(s) en relación al principio antidiscriminatorio se ha discutido, sin suficiente detenimiento a pesar de las apariencias, en los casos de Lillian Ladele y Gary McFarlane, dos trabajadores británicos que se lamentaban de haber sido injustamente despedidos por negarse a realizar tareas contrarias a sus creencias religiosas sobre la homosexualidad (en el primer caso, registrar las uniones civiles entre homosexuales, y en el segundo caso realizar terapias psico-sexuales con parejas homosexuales). Según los demandantes, la exigencia de realizar estas tareas y la negativa de acomodar sus creencias religiosas – exentándoles de tratar con parejas homosexuales – contraviene los artículos 9 y 14 del Convenio europeo e implica una forma de discriminación por indiferenciación³⁷.

Casi la totalidad de los intervinientes y, posteriormente,

³⁷ Ambos casos se encuentran englobados en el asunto *Eweida y otros c. Reino Unido*, (n. 48420//10), 15 enero 2013. El TEDH falló en contra de su demanda, aduciendo que entraba dentro del margen de apreciación del Estado establecer normas (o sostener reglas internas a una empresa privada) que impusieran políticas antidiscriminatorias sin prever la objeción de conciencia. Un análisis más detallado de esta sentencia en MORONDO TARAMUNDI (mns.).

de los comentarios a la sentencia han construido la controversia como un “conflicto de derechos” o como un caso de “derechos en competición” (*competing rights*), presentando el caso a veces como un conflicto entre el derecho de libertad religiosa y el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual; y otras veces, como un conflicto entre el derecho a no sufrir discriminación por motivos religiosos y el derecho a no sufrir discriminación por razón de la orientación sexual. Independientemente de la solución concreta que se defienda (a favor o en contra del acomodo de la objeción religiosa de los demandantes), la argumentación busca “lograr un equilibrio justo” que proteja el “pluralismo inherente a la democracia” y que permita la convivencia de grupos diversos. En la defensa de la posición de los demandantes se insiste, además, en que el papel de las autoridades, guiado por los principios de neutralidad e imparcialidad, no es suprimir la causa de tensión y conflicto eliminando el pluralismo, sino asegurarse de que los grupos contrapuestos se toleren los unos a los otros³⁸. El justo equilibrio sería el resultado de la ponderación de los derechos enfrentados en el marco de un juicio de proporcionalidad.

El enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesia (o confesiones religiosas) facilita la construcción de estas controversias como conflictos de derechos, legitimando la representación de variados universos normativos equivalentes, equipolentes e inconmensurables (como resulta de las alusiones a la contraposición entre “derechos de la comunidad homosexual” y “derechos de los cristianos” a partir de la primera sentencia inglesa en el caso de Lillian

³⁸ Asunto *Partido Unificado Comunista de Turquía c. Turquía* [GS], (n. 19392/92), 30 enero 1998, párrafo 57; Asunto *Serif c. Grecia*, (n. 38178/97), 14 diciembre 1999, párrafo 53.

Ladele). El efecto más llamativo de construir estas controversias como conflictos de derechos es – como decíamos antes– la aporía resultante, que limita la operatividad del principio antidiscriminatorio para actuar no como un derecho subjetivo sino como un principio estructural de los Estados democráticos, es decir un aspecto constitutivo de cualquier derecho, incluido el derecho a la libertad religiosa.

En su sentencia, el TEDH – aunque establecerá que no existe en virtud del artículo 9 del Convenio un derecho a la objeción de conciencia que se pueda oponer a las políticas antidiscriminatorias – recoge la tesis del conflicto de derechos y de la necesidad de encontrar un justo equilibrio. La construcción del conflicto de derechos en la sentencia no profundiza en la distinción entre conflictos “intra-rights” (como en el caso de Lillian Ladele que se lamentaba de haber sido discriminada por motivos religiosos) y conflictos “inter-rights” (como en el caso de Gary McFarlane, que denunciaba una interferencia en su libertad religiosa), y homologa la solución respecto a ambas demandas. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, para poder construir la controversia como un conflicto de derechos el Tribunal tiene que admitir algunas premisas.

En primer lugar, tiene que admitir la pertinencia del artículo 9 del Convenio. Para ello, es fundamental conseguir establecer una diferencia, harto problemática pero que la Corte no entra a considerar, entre la creencia religiosa consciente y meditada sobre la inmoralidad de la conducta homosexual contraria a la voluntad de Dios, y los prejuicios y actitudes intolerantes sobre la homosexualidad. Sólo estos últimos podrían ser calificados como homofobia y constituir el objetivo legítimo de las normas antidiscriminatorias. Aceptando que la demanda encaja en el artículo 9, porque la actitud de Lillian Ladele o de Gary McFarlane se basa sobre sus creencias religiosas entorno al matrimonio o a las

conductas sexuales aceptables, el Tribunal de Estrasburgo acepta esa problemática distinción y la pretensión de los demandantes de que su posición es digna de la protección del Convenio³⁹.

En segundo lugar, el Tribunal tiene que admitir que hay una discriminación por indiferenciación, es decir, que la aplicación de la normativa antidiscriminatoria tiene un particular efecto perjudicial para los demandantes en comparación a quien no tiene objeciones religiosas o de conciencia sobre la homosexualidad. La discriminación por indiferenciación consiste, pues, en tratarles como a quien no tiene objeciones religiosas. Para evitarla, los demandantes piden que se les proteja (mediante una exención) del efecto perjudicial que tiene sobre ellos la norma antidiscriminatoria.

Aceptando estas premisas sobre la discriminación y trasladándolas como conflicto de derechos al terreno del análisis de proporcionalidad y del justo equilibrio, el TEDH acoge⁴⁰ una formulación aporética de la controversia, cuya solución deja después al arbitrio del Estado permitiendo el redimensionamiento del principio antidiscriminatorio en relación a la libertad religiosa.

La controversia se construye en modo aporético porque se acepta la tesis de los demandantes de que la normativa

³⁹ Si fuera de otro modo, el Tribunal habría tenido que rechazar la demanda como inadmisibile porque manifiestamente mal fundada o, admitirla pero rechazar la afección del artículo 9 en virtud del artículo 17, como veremos enseguida.

⁴⁰ El TEDH está también reformulando y reproduciendo algunos elementos (como la concepción “simétrica” de la discriminación y la intencionalidad) de una cierta forma de concebir la discriminación que la alejan de la concepción del derecho antidiscriminatorio como instrumento contra las estructuras de subordinación y desigualdad que veíamos antes al analizar el caso *Lautsi*; cfr. MORONDO TARAMUNDI (mns.).

antidiscriminatoria discrimina o al menos afecta perjudicialmente a quien tiene ciertas creencias religiosas protegidas por el artículo 9 del Convenio. Se deja al arbitrio del Estado la solución de esta aporía: es decir, si el Estado decide imponer la aplicación de la norma que prohíbe discriminar a los homosexuales al precio de restringir la libertad religiosa de los cristianos, o si el Estado decide proteger la libertad religiosa de los cristianos excluyendo los comportamientos discriminatorios basados en objeciones religiosas a la conducta homosexual del ámbito de aplicación de la norma antidiscriminatoria.

La sentencia del TEDH redimensiona el principio antidiscriminatorio en relación con la libertad religiosa y con la laicidad del Estado en cualquiera de los dos casos. En primer lugar, porque da a las normas antidiscriminatorias carácter opcional. De frente a la discriminación y la exclusión de los homosexuales, el Estado puede actuar en contra de estas actitudes o puede no hacerlo: ambas soluciones son igualmente aceptables, según el TEDH, en relación con el artículo 14, que sin embargo prohíbe la discriminación en el reconocimiento y goce de los derechos del Convenio. En segundo lugar, al reenviar pacíficamente al margen de apreciación de los Estados un conflicto acreditado entre la pretensión de algunos de actuar, externalizar o dar efectos a sus creencias sobre la inacceptabilidad de los homosexuales (y/o de las conductas que los caracterizan como tales) y la prohibición de discriminación, el TEDH enfoca el “conflicto” sin distinguir las relativas posiciones de “poder” que expresan los grupos; es decir, por una parte, el acceso y la defensa de los derechos de un grupo subordinado y por la otra, el derecho a decidir sobre los derechos de otros y a perpetuar la aceptabilidad de la exclusión de otros.

En los pliegues del conflicto, y amparado por un enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesia o confesiones religiosas que – como recoge el Tribunal de

muchas de las intervenciones – es una relación guiada por la neutralidad y la imparcialidad, se esconde este desequilibrio de poder en el acceso a y en el goce de los derechos. Lillian Ladele está pidiendo que se le reconozca el derecho de no reconocer a los homosexuales derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio y afirmados por el Tribunal de modo neto recientemente⁴¹. Está pidiendo una objeción de conciencia respecto de un bien jurídico protegido por el Convenio Europeo. Concediendo esta objeción, el Tribunal estaría concediendo que la vida privada y familiar de los homosexuales, a diferencia de la de los heterosexuales, puede ser inaceptable (*objectionable*) y que el Convenio reconoce que una objeción al derecho a la vida privada y familiar de los homosexuales es una opinión digna de respeto y *protección jurídica*. Lorenzo Zucca, en su invitación a utilizar el lenguaje del conflicto de derechos con mayor parsimonia, nos advierte que: «Hablar de conflictos es un modo fácil de hacer que la decisión parezca más difícil de lo que realmente es»⁴². En el presente caso, la construcción de la controversia como un conflicto permite al Tribunal dejar la aplicación de la cláusula antidiscriminatoria al arbitrio del Estado. Permite también perpetuar una concepción de la laicidad del Estado como separación “neutral” respecto a universos normativos inconmensurables, en vez de determinar si, de acuerdo al estándar que establece el Convenio Europeo y al sistema de valores que éste representa, determinadas normas religiosas, culturales,

⁴¹ Asuntos *E.B. c. Francia* (n. 43546/02), 22 enero 2008; *Kozak c. Polonia* (n. 13102/02), 2 marzo 2010; *Schalk y Kopf c. Austria* (n. 30141/04), 24 junio 2010; *X y otros c. Austria* [GS] (n. 19010/07), 19 febrero 2013.

⁴² ZUCCA 2008, 31.

ideológicas son o no lesivas de los derechos de otros y, por tanto, pueden gozar o no de la protección del Convenio⁴³.

⁴³ He analizado las posibilidades que, en relación al principio antidiscriminatorio, ofrece el artículo 17 (prohibición del abuso de derechos), para reformular controversias como la de los casos Ladele y McFarlane en MORONDO TARAMUNDI (mns.).

Referencias Bibliográficas

- BARRÈRE UNZUETA M.A. y MORONDO TARAMUNDI D. 2011. *Subordinación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 45, 2011, 15-42.
- BARRERO ORTEGA A. 2012. *El caso Lautsi: la cara y la cruz*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 94, 2012, 379-409.
- DICIOTTI E. 1992. *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, en COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1992*, Torino, Giappichelli, 1992, 97-138.
- FERRAJOLI L. 2008. *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia*, en «Costituzionalismo.it», 3, 2008.
- GALLIE W.B. 1956. *Essentially Contested Concepts*, en «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1956, 167-198.
- GIANFORMAGGIO L. 1993. *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, en BONACCHI G. y GROPPI A. (eds.), *Il Dilemma della Cittadinanza. Diritti e Doveri delle Donne*, Roma-Bari, Laterza.
- ITZCOVICH, G. 2013. *One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations – the Lautsi Case*, en «Human Rights Law Review», publicado en Advanced Access 31 enero 2013 (doi:10.1093/hrlr/ngs038).
- MACLURE J. y TAYLOR CH. 2010. *Laïcité et liberté de conscience*, Montreal, Éditions du Boréal.
- MORONDO TARAMUNDI D. (mns.). *Abuso y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación*, manuscrito no publicado.
- RESCIGNO G.U., *La democrazia costituzionale di Luigi Ferrajoli*, in «Costituzionalismo.it», 3, 2008.
- TOSCANO M. 2011. *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, en «Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale», octubre 2011, 1-48.

- WEILER J.H.H. 2010a. *Editorial. Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux*, in «European Journal of International Law» 21, 2010, 1-6.
- WEILER J.H.H. 2010b. *Editorial. State and Nation; Church, Mosque and Synagogue – the trailer*, in «International Journal of Constitutional Law (I·CON)», 8, 2010, 157-166.
- ZHURNALOVA-JUPPONOV M. 2011. *Religious Displays at Public Schools - Courts, Crucifixes and Masters of Identities*, en «Maastricht Journal of European and Comparative Law», 18(4), 2011, 479-510.
- ZUCCA L. 2008. *Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas*, en BREMS E. (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 19-37.
- ZUCCA L. 2011. *A comment on Lautsi*, in «EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law» (19 marzo 2011). Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/a-comment-on-lautsi/> (consultado el 25 de agosto 2013).
- ZUCCA L. 2013. *Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber*, en «International Journal of Constitutional Law» 11(1), 2013, 218-229.