

# LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 41/2006

ASCENSIÓN ELVIRA PERALES  
*Profesora Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

## SUMARIO

- I. La discriminación por razón de orientación sexual.
- II. Análisis de la Sentencia.

## I. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL

La Sentencia 41/2006, sería una más entre las muchas que resuelven recursos de amparo por supuestos de discriminación en el empleo si no fuera porque aborda un supuesto novedoso en esta materia: la discriminación por razón de orientación sexual.

Los hechos resultan muy similares a otros casos de discriminación: el recurrente es despedido de la empresa en la que trabajaba —Alitalia—, según alegaciones de la empresa, por motivos disciplinarios, mientras que aquél alega discriminación por razón de orientación sexual, dada su condición de homosexual, conocida en la empresa.

Ante estos hechos, hay que recordar en primer lugar que los supuestos de discriminación mencionados en el artículo 14 de la Constitución no son un catálogo cerrado, sino que el añadido «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», permite sancionar cualquier trato discriminatorio. En particular, en relación con el supuesto que aquí nos ocupa, destaca en el F. J. 3.º de la Sentencia «la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los ho-

mosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados en la normativa y socialmente contra esta minoría».

Cabe señalar que, más allá de la discriminación social que produjera la homosexualidad debida a los usos sociales imperantes, en España los homosexuales estuvieron sometidos a una auténtica persecución durante la época franquista al aplicárseles la Ley de vagos y maleantes, primero, y la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, después<sup>1</sup>. Y si en la actualidad no se produce persecución alguna por parte de los poderes públicos y el ordenamiento ha buscado la plena igualdad —de lo cual es buena prueba, por ejemplo, el reconocimiento del matrimonio a personas del mismo sexo<sup>2</sup>—, esporádicamente somos testigo de tratos discriminatorios, cuando no vejatorios. El fenómeno, por otra parte, no es propio sólo de nuestro país, sino que con frecuencia asistimos a manifestaciones de homofobia<sup>3</sup> en el extranjero, no ya por parte de particulares, sino por parte de los propios poderes públicos<sup>4</sup>.

La orientación sexual como motivo de discriminación ha ocupado y ocupa la atención en ámbitos internacionales y supranacionales, junto a otros motivos más tradicionalmente reconocidos de discriminación, como puedan ser la raza, el sexo o la posición social.

En esta línea, la orientación sexual como motivo de discriminación se ha entendido comprendida en el CEDH (art. 14) y ha dado lugar a un número considerable de Sentencias del TEDH en las cuales se ha apreciado ese motivo de discriminación en relación con diferentes derechos recogidos en el Convenio<sup>5</sup>: art. 8, caso B v. Francia (inscripción en registro civil de un transexual), Dudgeon v. el Reino Unido, R.H. v. Austria y Norris v. Irlanda (todos ellos por penalización de comisión de actos sexuales consentidos entre adultos), Karner v. Austria (derecho a seguir en el que había sido el domicilio común al fallecimiento de la pareja), Salguero da Silva Mouta v. Portugal (derechos parentales), Perkins y R. v. Reino Unido y Beck, Copp y Bazeley v. el Reino Unido (expulsión en el primer caso de la Marina y en el segundo de la Fuerza Aérea); arts. 11 y 13, en relación con el anterior, Bączkowski y otros v. Polonia

1 La primera es de 15 de julio de 1954 y la segunda de 4 de agosto de 1970. En la segunda ya no se considera peligrosos a los homosexuales en general, sino a quienes ejerzan actos de homosexualidad. Sobre la regulación legal en España, véase PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Comares, Granada, 1996.

2 Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio.

3 Una aproximación sobre diferentes aspectos de la homofobia la encontramos en BORRILLO, D., *L'homophobie*. PUF, Que sais-je?, Paris, 2000.

4 Por sólo citar un caso, El País, de 29 de mayo de 2007, recogía la noticia de homosexuales apaleados y detenidos por la policía en Moscú cuando se manifestaban por el reconocimiento de sus derechos y eran agredidos por extremistas religiosos.

5 Recordemos que el art. 14 CEDH recoge la discriminación sólo en relación con otros derechos reconocidos y no de manera independiente.

(prohibición de celebración de manifestación para reivindicar la no discriminación contra diversas minorías)<sup>6</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por su parte, ha considerado incluida la orientación sexual dentro de la interdicción de discriminación que establece el art. 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

También en la Unión Europea, donde se ha recogido a expresamente como una de las causas de discriminación en el Tratado de la Comunidad Europea, conforme a la modificación que introdujo el Tratado de Ámsterdam. La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, junio, de establecimiento de un marco general para el empleo y la ocupación, se refiere específicamente a la orientación sexual entre los motivos por los que hay que luchar contra la discriminación (junto con la religión o convicciones, la edad, y la discapacidad)<sup>7</sup>. No obstante, a pesar de que esta directiva tiene un alcance más limitado que otras tendentes igualmente a eliminar otros motivos de discriminación<sup>8</sup>, deja patente que para la Unión Europea, se ha de proteger en el trabajo frente a ese tipo de discriminación o de acoso al igual que frente a cualquier otro de los motivos considerados «odiosos»<sup>9</sup>. Por último cabe recordar —como hace la propia Sentencia— el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 21), solemnemente proclamada con ocasión de la cumbre de Niza de diciembre de 2000.

En la jurisprudencia del TJCE encontramos un controvertido caso de discriminación por razón de orientación sexual, el de Lisa Grant<sup>10</sup>, en el que la

6 La lista no es exhaustiva, sino que sólo pretende ser una muestra de diferentes posibilidades en las que está presente la discriminación por razón de orientación sexual. Hay casos, no obstante, en los que el TEDH ha rechazado la vulneración del Convenio en algún supuesto de discriminación por razón de orientación sexual, por ejemplo, en el asunto *Fretté v. Francia*, en relación con el intento de adopción de un niño por un homosexual (aunque sí se condena por vulneración del art. 6 CEDH), mostrando la especial controversia existente en estos asuntos. Por otra parte merece señalar la abundancia de votos particulares que se encuentran en todos estos casos, ya sean favorables o contrarios, los cuales no son necesariamente disidentes sino que expresan diferentes matices sobre la cuestión.

7 A ella hay que añadir las mencionadas en la propia Sentencia y que se refieren a diferentes aspectos de relaciones con terceros países o sus nacionales.

8 YTTERBERG, H., «La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle: l'exemple suédois», en BORRILLO, D., *Lutter contre les discriminations*. Ed. La Découverte, Recherches, Paris, 2003, pp. 186 y ss. Entre otros supuestos señala, el comercio y la prestación de servicios. En este artículo se señala la práctica sueca sobre la materia y, en particular, la creación de un *ombudsman* específico para tratar las denuncias que sobre este tipo de discriminación se produzcan. En la misma obra citada un panorama sobre la lucha contra las discriminaciones en la Unión Europea puede verse en BORRILLO, Daniel: «La politique antidiscriminatoire de l'Union Européenne», pp. 139-152. Este autor, a su vez, desarrolla con mayor detenimiento la cuestión en «l'orientation sexuelle en Europe: esquisse d'une politique publique antidiscriminatoire», en *Les Temps Modernes*, núm. 609, 2000, pp. 263-282.

9 La legislación europea puede ser efectivamente el medio de combatir, entre otras, la homofobia estatal. Un reciente caso lo tenemos en la postura de las autoridades polacas y sus intentos para limitar lo que ellos denominan «propaganda homosexual». El País, 17 de octubre de 2006, 5 y 8 de noviembre de 2006, 4 de marzo de 2007, 27 de abril de 2007, 30 de junio de 2007.

10 Asunto C-249/96, de 17 de febrero de 1998.

recurrente, trabajadora de ferrocarriles, solicitaba viajes gratuitos para su compañera sentimental, que el Tribunal resuelve negativamente, al considerar que este tipo de discriminación no estaba cubierta por el Derecho comunitario. Tampoco estima la discriminación en los asuntos acumulados C-122/99 y C-125/99, presentados por un funcionario comunitario y por el Reino de Suecia, en los que se reclamaba la asignación por cabeza de familia por una persona homosexual inscrita en el correspondiente registro conforme al ordenamiento sueco.

Los motivos de discriminación son muy variados, todos comparten su carácter odioso y el ser contrarios a un Estado social democrático de derecho; no obstante, la discriminación por razón de orientación sexual contiene algunas características específicas. En primer lugar cabría señalar su «contemporaneidad», dado que sólo en fechas recientes se ha incluido este motivo como causa de discriminación, ya sea de forma expresa en las declaraciones de derechos más recientes o de forma implícita en el resto de los casos. Anteriormente sólo de forma eventual se planteaba como incluida dentro de la discriminación por razón de sexo, pero eso podía conducir a rechazar la discriminación alegada cuando el trato para hombres y mujeres fuera idéntico, como, por ejemplo, sucediera en la Sentencia Grant, citada<sup>11</sup>. Además, si bien en los últimos años se ha ido suprimiendo antiguos tratos discriminatorios —ya sea por voluntad de los legisladores estatales, ya por influencia de decisiones supraestatales, como ha sucedido con algunas de las sentencias del TEDH citadas<sup>12</sup>— sólo recientemente asistimos a un reconocimiento de la igualdad en aspectos que afectan a la vida familiar, como pueda ser la posibilidad de contraer matrimonio para parejas del mismo sexo o la posibilidad de adoptar hijos<sup>13</sup>.

Otra característica es que la alegación de este tipo de discriminación deja al descubierto aspectos de la vida privada, aspectos que afectan directamente a la intimidad de las personas, y que no se ponen de relieve en otros supuestos. De esta forma la persona que alega este tipo de discriminación desvela un aspecto de su personalidad que quizás no le interesara desvelar y que, en su caso, puede conducirle a ulteriores discriminaciones por parte de otras personas<sup>14</sup>.

11 YTTERBERG, H., *op. cit.*, pp. 187-8.

12 Así aquellas que afectaban a la tipicidad de prácticas homosexuales o a la permanencia en las fuerzas armadas.

13 Sobre este aspecto se está lejos de llegar a la uniformidad en los estados miembros de la Unión Europea. No obstante la introducción de la correspondiente regulación legal en algunos países permite la apertura del debate en otros.

14 En este sentido, CLAPHAM, A., y WEILER, J.H.H.: «Lesbians and Gay Men in the European Community Legal order», en WALLDIJK, K., y CLAPHAM, A., *Homosexuality: A European Community Issue*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993, pág. 16.

## II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Si nos centramos en la Sentencia, en primer lugar hay que destacar, la eficacia entre particulares de la interdicción de la discriminación, también de aquellas no expresamente enunciadas, como en este caso la orientación sexual. Si ya no puede negarse la eficacia de los derechos entre particulares, es cierto que, en determinadas ocasiones, su alcance será diferente cuando los implicados son los poderes públicos o, por el contrario, lo son particulares. Sin embargo, en el ámbito de las relaciones laborales, la protección frente a la discriminación en el trabajo se ha convertido en una constante para el legislador y en los tribunales.

Desde el punto de vista de los hechos, los problemas que se plantean son comunes con otras causas de discriminación, entre ellas, en particular, la discriminación por razón de sexo y también las discriminaciones debidas al ejercicio de derechos sindicales. La dificultad de la prueba y la posibilidad de encubrir el verdadero motivo de la discriminación con otras causas, de ahí la especial atención que requiere por parte del juzgador y la necesidad de contemplar con atención cualquiera de los indicios presentes en la causa. Todos estos motivos han sido objeto de un profundo análisis por parte del Tribunal Constitucional, como se nos recuerda en la propia Sentencia que comentamos. En efecto, ya en la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, se exponía como una extinción contractual puede conllevar la lesión del derecho fundamental a no ser discriminado. En ella y en multitud de fallos posteriores se han puesto de relieve los criterios aplicables en el control de este tipo de vulneraciones. Entre ellos, resulta capital la prueba de la vulneración alegada. En este sentido, en primer lugar, corresponde al recurrente ofrecer «un indicio razonable», no bastando, pues, la mera alegación, sino que es necesario un «principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia». Tras contar con esta primera prueba —o al menos indicio— corresponderá a la parte demandada probar con elementos suficientes que el despido o la sanción laboral se han basado en motivos conformes al ordenamiento, dada la enorme dificultad que normalmente revestirá para el trabajador la prueba, dada la apariencia de legalidad que normalmente reviste el acto impugnado, puesto que el empresario intentará enmascarar el auténtico motivo, contrario al ordenamiento, aduciendo otros legítimos. Todo ello conlleva que «la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido». Esa dificultad de prueba que tempranamente reflejó el Tribunal Constitucional, se ha concretado después en los ámbitos normativos nacional y europeo (Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997)<sup>15</sup>.

15 Véase entre otras, la STC 17/2003, de 30 de enero, en la que, a su vez, se cita una copiosa jurisprudencia.

En esa práctica probatoria —como destaca el Tribunal Constitucional— «tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del «onus probando» al demandado» (STC 17/2003, de 30 de enero).

En este sentido, hay que tener presente que con frecuencia nos hallaremos ante despidos «pluricausales» —como también nos recuerda la presente sentencia—, es decir, supuestos en los que confluyen causas discriminatorias junto a otras que tienen (o parecen tener) una justificación objetiva o razonable; en estos supuestos, la presencia de algún motivo o motivos razonables no han de servir por sí solos para justificar el despido, sino que ha de realizarse un examen en profundidad, para poder igualmente excluir como auténtica causa del despido o sanción la ausencia del «móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental» (FJ. 5, citando SSTC 7/1993 y 48/2002). En concreto, ha mantenido el Tribunal que «[s]ubsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo». (FJ 8.º, STC 48/2002).

En definitiva, se deberá probar que el despido o sanción está completamente desvinculado de cualquier lesión de un derecho constitucionalmente protegido, como lo es, en este caso, la discriminación por orientación sexual, y, en consecuencia, analizar si la indisciplina aducida por la empresa reviste la suficiente entidad para justificar el despido o si constituye, por el contrario, una simple forma de encubrir la verdadera motivación del mismo.

Conforme a la doctrina del Tribunal, en primer lugar, se analizan los argumentos aducidos por el actor, con respecto a los cuales se estima que establecen la necesaria conexión con la vulneración invocada, dado que en los hechos queda probado el comportamiento despectivo del superior hacia el trabajador, lo cual conllevaba, en la organización laboral, entre otras manifestaciones, una sobrecarga en la asignación del trabajo, todo lo cual lleva a la Sala a estimar que los hechos poseen «entidad suficiente» para abrir la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental invocado.

Por su parte, en la carta de despido de la empresa se aducían indisciplina en el centro de trabajo, críticas a la dirección de la compañía, y faltas de responsabilidad y errores en la ejecución del trabajo, pero sin precisar hechos ni fechas en que supuestamente se produjeron.

La Sentencia Constitucional, al analizar cuáles fueron los motivos que llevaron al tribunal *a quo* a desestimar la demanda del trabajador, considera notoriamente insuficientes las cuatro razones esgrimidas: en primer lugar, sobre la entidad disciplinaria de lo imputado en la carta de despido, reitera que ha de someterse a la preceptiva práctica de la prueba; al igual que el segundo motivo expuesto, esto es el intento, aunque fallido, de probar incumplimientos contractuales habilitantes del despido; en tercer lugar, el carácter restrictivo de la calificación de nulidad del despido, que deriva así mismo de no haberse probado la desconexión entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado.

El único argumento que podría pesar a favor de la empresa es el testimonio de otro trabajador quién manifestó cierta resistencia del demandante a realizar ciertas actividades, es desechado por el Tribunal Constitucional al considerar —desde el punto de vista procesal— que no determinó la modificación de los hechos probados y —desde el punto de vista material— que no permitió «desconectar la extinción del contrato de trabajo de la orientación homosexual» de aquél.

Los argumentos aducidos por la empresa no cuentan, en consecuencia, con la entidad necesaria para desvirtuar las razones presentadas como el trabajador como prueba de la discriminación por razón de su homosexualidad.

La protección contra la discriminación por razón de orientación sexual no es sino un eslabón más en la lucha por una sociedad más igualitaria y justa y esa protección obliga tanto a los poderes públicos como a los particulares.

\* \* \*

ABSTRACT. *Spanish Constitutional Court analyse, once again, a case of discrimination in labour relationship, this could be only one more between such cases, but this one is different because it is the first time that the Court resolve a case in which the reason for discrimination was sexual orientation.*



## **RECENSIONES**



MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Civitas, Madrid, 2007, 187 pp.

La del profesor Lorenzo Martín-Retortillo es, sin duda, una de las militancias más activas a favor del sistema europeo de derechos humanos en general y de las libertades de pensamiento, conciencia y religión en particular. Y lo demuestra de nuevo con *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, una obra que rezuma oficio intelectual y solvencia investigadora y en la que repasa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa. Un ensayo sobre las implicaciones cotidianas, en ocasiones problemáticas, del ejercicio de este derecho fundamental, que ofrece para cada caso la solución oportuna. Apoyándose, en efecto, en la autoridad de un Tribunal que desde hace décadas viene enfrentándose con muy diversas realidades y tradiciones, el profesor Martín-Retortillo delimita el contenido y límites de la libertad religiosa a través de controversias concretas planteadas y decididas en el «espacio constitucional europeo»<sup>1</sup>.

La pregunta a la que intenta responder este libro dominado por el espíritu de Erasmo, de lucha contra la intolerancia y

el fanatismo —y, añadido, el abuso de derecho—, viene a ser: ¿qué se puede aprender de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en torno a la libertad de conciencia y religión? En tal sentido, en él se ofrecen, con claridad y rigor, las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo en sede religiosa a través de un repertorio de casos que se convierte en guía para interpretar el alcance del derecho fundamental. Como afirma el propio autor, el carácter escueto e indeterminado de los términos jurídicos que imprime el legislador necesita con frecuencia de la labor de concreción. Siendo una realidad muy evidente el alto nivel de abstracción del lenguaje de las Constituciones, el alto nivel de inconcreción de sus preceptos y el elevado grado de ideologización de muchas de sus normas, la jurisprudencia se ha convertido en el «núcleo central de la teoría de la Constitución»<sup>2</sup> en general y de su parte dogmática en particular. De ahí que estudios jurisprudenciales como éste sean especialmente valiosos. Su intención, más que acometer un estudio formal y general, es descubrir, valiéndose de la metodología del caso, parámetros para otras controversias que puedan surgir. Se quie-

1 CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid 2004.

2 ALEX, R., *Teoría de los derechos funda-*

*mentales* (traducción a cargo de E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

re, pues, predeterminar conductas futuras. En coherencia, la jurisprudencia se ofrece no cronológicamente, sino sistematizada por materias, lo cual facilita profundizar en ella. Se incluye, asimismo, al final un anexo que permite localizar la jurisprudencia estudiada.

Sabido es, por otra parte, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos representa un instrumento decisivo para interpretar los sistemas de derechos de los Estados miembros del Consejo de Europa. Se hace, por tanto, necesario analizar sus sentencias para interpretar correctamente los derechos reconocidos en las Constituciones nacionales. El sistema europeo de derechos humanos comprende no sólo la letra del Convenio, sino también la jurisprudencia del Tribunal, al estar configurado éste por el mismo Convenio como órgano de interpretación y aplicación de su texto. El Convenio es, en puridad, «Convenio + interpretación»<sup>3</sup>; el texto se aplica tal y como lo va interpretando la jurisprudencia en cada momento. Y esa jurisprudencia resulta vinculante tanto por aplicación de los instrumentos internacionales asumidos en desarrollo del artículo 96 CE, como, muy especialmente, por el mandato expreso del artículo 10.2 CE. Un mandato en orden a la interpretación y aplicación de los derechos y libertades fundamentales. El artículo 10.2 exige que se lleve a cabo una interpretación *por contraste* entre el contenido de los derechos en las normas internas y en las normas internacionales sobre derechos humanos. Éstas ofrecen «los criterios hermenéuticos básicos del contenido de los derechos fundamentales»<sup>4</sup>. Por eso se ha podido decir que «el TEDH es también *nuestro* Tribunal, del mismo modo que su jurisprudencia es también *nuestra* jurisprudencia»<sup>5</sup>.

En este contexto, y enlazando con lo que al comienzo indicaba, entiendo que el principal logro de *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas* es, sin menospreciar las particularidades de cada litigio, haber sabido trascender del caso y aportar construcciones en torno a la tutela europea de la libertad de conciencia y religión. El profesor Martín-Retortillo analiza la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo a fin de sistematizar los criterios interpretativos que de ella se desprenden. Cada contencioso —reconoce— «está marcando pautas y fijando estándares para los nuevos conflictos (...)». Se van fijando así constantes interpretativas que constituyen un extraordinario acervo jurisprudencial y que, por imperativo constitucional, debe presidir la interpretación que se realice en el ámbito interno. Las sentencias del Tribunal Europeo en materia de libertad religiosa, amén de resolver un buen número de conflictos concretos, vienen aplicando una serie de construcciones más o menos determinadas. Tales construcciones interpretativas se refieren al contenido y alcance de esa libertad, a cómo y hasta qué punto pueden imponerse límites a su ejercicio o a cuál haya de ser la respuesta pública para asegurar su disfrute.

Para empezar, el Tribunal Europeo ha ido delimitando desde sus primeras sentencias el contenido de la libertad de conciencia y religión. Y lo ha hecho asegurando un muy amplio espacio de *agere licere*, que permite optar a cada individuo, y que se manifiesta en una variedad de registros que alcanza a la conciencia y, para quien lo quiera, a la religión. La expresión genérica libertad religiosa encierra, al menos, cinco posibilidades o

3 MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid 2004, p. 74.

4 STC 3/1995.

5 MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, cit., p. 74.

aspectos distintos. Se da, en primer lugar, la *libertad de creencias*, por la que el individuo presta o rechaza su asentimiento íntimo a un sistema de verdades religiosas y se compromete a observarlas en relación con los aspectos trascendentes de la existencia humana. Ya que la garantía que presta el Derecho es fundamentalmente externa, toda persona tiene derecho a manifestar libremente sus creencias. La libertad de creencias no alude exclusivamente al hecho puramente interior del sentimiento religioso, arreligioso o antirreligioso, sino también a su proyección exterior.

Existe, en segundo lugar, la *libertad de conciencia*, entendiéndose por tal los criterios valorativos de las acciones humanas desde el punto de vista ético y moral. La libertad de conciencia implica la traslación de las creencias del ámbito especulativo al nivel práctico, al campo del obrar humano. Implica el compromiso de actuación conforme a las propias convicciones. La libertad de conciencia exige no ser obligado a actuar en contra de la conciencia ni ser impedido de obrar conforme a ella. Lo que, en todo caso, descarta el Tribunal Europeo es que el artículo 9 del Convenio ofrezca por sí solo cobertura a pretensiones de objeción de conciencia. De lo dispuesto en él no se sigue un derecho general a la objeción de conciencia. La regla es la imperatividad de la ley, con el apoyo que le brinda el principio de igualdad.

Cabe, en tercer lugar, la *libertad de culto*, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia, en la facultad de rendir homenaje, mediante ritos y ceremonias, a lo sagrado trascendente. La libertad de culto es la manifestación exclusiva y singularísima del sentimiento religioso; la consecuencia de segundo grado de la libre opción religiosa.

6 STEDH *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

Se puede hablar, en cuarto lugar, de la *libertad proselitista*, que faculta al individuo a ganar partidarios o prosélitos para su doctrina o confesión. Cabría distinguir, no obstante, entre un proselitismo *lícito*, respetuoso con la propia libertad de conciencia de la persona a la que se intenta atraer, y un proselitismo *ilícito* o *abusivo*, contrario a su dignidad y derechos de libertad. Es abusivo el proselitismo que se vale de posiciones de preeminencia para manipular la conciencia ajena<sup>6</sup>.

Y se da, en quinto lugar, la *libertad declarativa* o el *derecho al silencio*, es decir, el que nadie esté obligado a manifestar sus creencias religiosas. La opción religiosa es un dato sensible o íntimo que, en principio, no tiene por qué interesar al Estado<sup>7</sup>. Esta faceta negativa de la libertad religiosa cumple una función de garantía: sirve para que la libertad en sentido positivo no sea perturbada. Quien sabe que no puede ser obligado a declarar sobre sus creencias se siente más libre para adoptar y practicar aquellas que estime más adecuadas. Su conexión con la prohibición de discriminación, a la que me referiré a renglón seguido, es igualmente evidente.

La libertad religiosa se refiere, pues, a tres cosas distintas, aunque íntimamente ligadas entre sí: *libertad para creer y no creer*, para tener unas u otras convicciones; *libertad para expresar y manifestar esas convicciones*; y *libertad para comportarse* de acuerdo con esas convicciones y para no ser obligado en contra de las mismas. Su núcleo esencial, al igual que ocurre con la libertad ideológica, es interno, pertenece a la esfera íntima del individuo. Tiene un segundo momento, externo, constituido por la libertad de manifestar las creencias y de comportarse conforme a la religión profesada, en cuanto la persona se ha decantado por una solución afirmativa ante lo religioso.

7 STEDH *Buscarini y otros c. San Marino*, de 18 de febrero de 1999.

Complemento intrínseco de la libertad religiosa es, por último, la *igualdad religiosa*, de suerte que cualquier gravamen o perjuicio que pudiera sufrir una persona, desde el punto de vista legal o desde el punto de vista de la aplicación de la ley, por razón de su profesión religiosa significaría menoscabo o detrimento de esta libertad. Todos los ciudadanos son, pues, titulares de la libertad religiosa en la misma medida o disfrutan por igual de esta libertad. Y el mero hecho de profesar ciertas creencias no puede justificar la imposición de sanciones, directa o indirecta, por parte del Estado. Así, no cabe privar de facultades inherentes a la patria potestad sólo por ser miembro de una secta minoritaria, distinta de la religión originaria del hijo<sup>8</sup>.

Así definida, la libertad religiosa vendría a configurar, en principio, la posición jurídica en la que queda situado el individuo en su relación con el Estado respecto de esa determinada manifestación de su personalidad que es la religión. Posición que se definiría por un doble comportamiento negativo del poder público: no interferencia en el proceso de formación de las íntimas convicciones del individuo ni obstaculización ni sanción de aquellas acciones que constituyan una legítima manifestación de su religión. En esta dirección, el artículo 2 del Protocolo Adicional Primero dispone que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Es ésta una norma que tiene una extraordinaria importancia desde una perspectiva liberal-democrática porque, más allá de su modesto tenor literal, circunscrito al ámbito educativo, sustrae

al Estado las decisiones acerca de la educación moral: no cabe el dirigismo en esta materia<sup>9</sup>. De la libertad religiosa como derecho público subjetivo derivaría así la *neutralidad religiosa* del poder público<sup>10</sup>, que implica la renuncia a toda acción de adoctrinamiento moral o religioso, la imposibilidad de cualquier valoración preferente de las plurales expresiones religiosas de la comunidad y la imposibilidad de confundir funciones públicas y religiosas. Sobre el ámbito de las diversas opciones religiosas, el Estado es incompetente. La *laicidad* expresa, en efecto, lo contrario del Estado confesional, es decir, del Estado que adopta como propia una determinada religión y concede privilegios a sus fieles respecto de los creyentes de otras religiones y de los no creyentes. Se trata de uno de los elementos característicos de la forma de Estado que recibe el nombre de *democracia pluralista*.

Hay que admitir, no obstante, que el constitucionalismo europeo dista de ser unánime en materia de relaciones Estado-Iglesias. Significativamente, el artículo 9 del Convenio, tras proclamar la libertad de religión, guarda silencio sobre la naturaleza de las relaciones que los Estados deben mantener con las confesiones religiosas. Claro es que no cabe la imposición de una determinada fe religiosa ni el adoctrinamiento estatal. Tampoco es admisible, en determinados contextos, cuestionar la fuerza de la laicidad en el sistema constitucional<sup>11</sup>. Pero no se excluye, al menos de manera expresa, la posibilidad de que haya una religión oficial e, incluso, una Iglesia establecida, en el sentido de que forme jurídicamente parte del entramado estatal<sup>12</sup>. De hecho,

8 Sobre la igualdad en la ley, STEDH *Gran Oriente del Palacio Giustiniani c. Italia*, de 2 de agosto de 2001; sobre la igualdad en la aplicación de la ley, STEDH *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993.

9 STEDH *Keldsen, Busk Madsen y Petersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976.

10 STEDH *Iglesia Metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2002.

11 STEDH *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, de 13 de febrero de 2003.

12 STEDH *Darby c. Suecia*, de 23 de octubre de 1990.

esto es precisamente lo que aún sucede en algunos países europeos de incuestionable trayectoria democrática. Aunque se trate de temas íntimamente relacionados entre sí, la libertad religiosa y las relaciones entre el Estado y las Iglesias han de diferenciarse. Parece acertado pensar que los regímenes de separación entre el Estado y las confesiones son más respetuosos con la libertad religiosa y, sin duda, con la no discriminación por razón de creencias, pero la lógica constitucional europea no conduce a día de hoy a una solución tendencialmente unitaria. Mucho depende de las singularidades de cada país<sup>13</sup>.

También desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal de Estrasburgo viene considerando que la libertad religiosa no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que está sometido a límites más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo. Todas las libertades tienen sus límites y, en ocasiones, se justifican ciertas restricciones. La sociedad democrática no puede ni siquiera tolerar lo que implique o represente, ya sea como doctrina, ya sea como práctica, una clara negación de los valores ínsitos en esa sociedad democrática. El artículo 9 del Convenio no protege en absoluto cualquier acto motivado o inspirado por una religión o creencia.

Dicho artículo vincula las posibles restricciones a la *manifestación* de las creencias, puesto que la adhesión interna a una religión, el sentimiento religioso íntimo, son actos esencialmente incoercibles. En cambio, cuando las percepciones internas trascienden al orden exterior perturbando la convivencia, entonces han de operar los

mecanismos limitadores de la libertad. Es la dimensión externa de la libertad religiosa la realmente conflictiva. Y es con ocasión de la manifestación pública de las creencias cuando suelen darse colisiones con otros valores dignos de protección. En tal sentido, el apartado segundo del artículo 9 recoge una cláusula muy amplia: «medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás». De su lectura se deduce que la cláusula del orden público como límite a la libre manifestación de creencias ha de interpretarse en sentido amplio. Abarca el sentido restringido de orden policial, de incolumidad de personas y bienes, y también el más amplio de pacífico ejercicio de los derechos por parte de todos.

Ello ha permitido al Tribunal Europeo afirmar que la prohibición del sacrificio privado de reses no vulnera la libertad religiosa de una comunidad judía, en la medida en que se trata de una limitación respaldada por razones sanitarias<sup>14</sup>. Del mismo modo, ha estimado que la neutralidad de la escuela pública justifica la prohibición de llevar el velo islámico<sup>15</sup>. Y, más recientemente, ha considerado que las previsiones urbanísticas, sentadas para proteger objetivamente los intereses generales, se imponen sin excusas al ejercicio de la religión<sup>16</sup>. La denegación de una licencia para construir un templo no cercena la libertad religiosa. Se puede, en suma, limitar la manifestación de las creencias religiosas no ya para proteger los bienes a los que alude expresamente el Convenio —el orden público y los dere-

13 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Las libertades de conciencia en el ordenamiento español*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 2/2003, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona 2003. Véase también ROBBERS, G. (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996.

14 STEDH *Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000.

15 STEDH *Lucía Dablab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001.

16 STEDH *Vergos c. Grecia*, de 24 de junio de 2004.

chos ajenos—, sino incluso para amparar otros bienes y valores democráticos.

El contrapeso de esta limitabilidad general de la libertad de religión es que la limitación precisa ser justificada. La proporcionalidad se concibe así como un límite frente a la actividad limitadora de la libertad a fin de filtrar o moderar el sacrificio. Se trata de medir o comparar la relación que media entre dos magnitudes: los medios, limitadores, de un lado, y la finalidad por ellos perseguida, de otro. Es decir: si el fin justifica los medios. Una restricción, para ser legítima, ha de estar, en primer lugar, *prevista en la ley*, que el ordenamiento la haya previsto con anterioridad a su aplicación efectiva; ha de ser, en segundo lugar, *necesaria* en una sociedad democrática, lo que no es sinónimo de indispensable, pues son las autoridades nacionales las que han de juzgar la realidad de la necesidad social imperiosa; y, por último, *proporcionada* con relación al fin legítimo perseguido, esto es, debe darse una relación razonable entre costes y beneficios. Ninguna restricción puede ser excesiva por desproporcionada.

Teniendo presente, por otro lado, que la finalidad del Convenio no es proclamar derechos ilusorios o retóricos, sino garantizar la efectividad de los mismos, el Tribunal Europeo, sin desconocer que el artículo 9 nació para proteger a los individuos frente a las injerencias ilegítimas de los poderes públicos, ha extendido la obligación negativa de no interferencia a las relaciones entre particulares. Este posicionamiento del Tribunal abre nuevas vías de interpretación del Convenio, postulando no únicamente una ac-

ción de protección de la libertad religiosa contra el poder público, sino incluyendo la protección frente a violaciones de los particulares, lo cual rompe con la función clásica de los tratados internacionales de creación de obligaciones interestatales para dotarlos de eficacia horizontal. Sujeto pasivo o destinatario de la libertad religiosa no son sólo los poderes públicos, sino que este derecho fundamental puede desplegar eficacia en las relaciones entre particulares<sup>17</sup>.

Finalmente, la *dimensión axiológica* o *funcional* de la libertad religiosa ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a reconocer que del artículo 9 CE se pueden deducir obligaciones positivas para los Estados. Entendida como un *principio objetivo* y como uno de los pilares de cualquier sociedad democrática, la libertad de religión impone a los Estados la obligación de garantizarla. Así, pues, junto a su consideración como derecho subjetivo o defensivo, se afirma su carácter objetivo. Esta doble configuración, subjetiva y objetiva, de la libertad da pie, en último análisis, a una interpretación que extiende sus efectos mucho más allá de las pretensiones originarias de sus titulares. Los poderes públicos vienen obligados a proteger efectivamente el ejercicio del derecho y a proporcionar las garantías necesarias para que adquiera toda su plenitud. Una omisión de las autoridades nacionales puede entrañar violación del artículo 9 del Convenio<sup>18</sup>. Como en alguna otra ocasión ha destacado el profesor Martín-Retortillo, la respuesta pública ante las exigencias de la libertad religiosa se diversifica<sup>19</sup>. Ante todo, se exige y espera

17 Quede claro, de otra parte, que sujeto activo o titular de la libertad religiosa no es sólo el ciudadano o nacional sino, dada su íntima relación con la dignidad humana, todos los seres humanos. Además, teniendo en cuenta que, en agrupaciones de basamento religioso, el elemento solidario, comunitario, es a todas luces trascendental, la libertad religiosa es

un derecho fundamental del que también son titulares los grupos o personas jurídicas (*vid.* STEDH *Iglesia Metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001).

18 STEDH *Ouranio Toxo y otros c. Grecia*, de 20 de octubre de 2005.

19 MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., «El marco normativo de la libertad religiosa», en

una respuesta del más clásico abstencionismo: que el poder público no haga nada, que deje hacer sin interferencias. En cambio, en otras ocasiones, el Estado ha de actuar directamente, no debe interferir, pero tiene que tomar medidas para que la libertad pueda desarrollarse. Habrá casos en los que incluso tenga que poner en funcionamiento las previsiones penales para desaconsejar las conductas contrarias a los bienes jurídicos connaturales a la libertad de religión<sup>20</sup>. El contenido de la libertad religiosa reclama respuestas positivas de los órganos del Estado, la asunción de prestaciones. Se impone, en suma, una *función prestacional* que incida positivamente en la realización del derecho.

Habría que reconocer, comoquiera que sea, que los Estados gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la concreción de las medidas tendentes a conseguir la efectividad plena del derecho. Pero la existencia de un margen de discrecionalidad no exime a los Estados de hacer frente a tales obligaciones positivas. Antes al contrario, dejando en sus manos la elección de los medios formales, materiales y temporales se asegura el resultado final deseado por el Convenio, esto es, la eficacia de los derechos por él reconocidos.

Éstas vendrían a ser, a mi juicio, las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de conciencia y religión y que se infieren de la lectura de *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*. Las pautas y los estándares básicos para la interpretación del derecho consagrado en el artículo 9 del Convenio y en las Constituciones de los Estados miembros del Consejo de Europa. Como ya se ha dicho, la integración de estas pautas en

nuestro sistema interno de derechos queda reforzada no sólo por la consideración del Tribunal Europeo como órgano de interpretación y aplicación del Convenio, sino también a partir del mandato interpretativo del artículo 10.2 CE. Estos criterios interpretativos habrán de ser valorados por el Tribunal Constitucional y por los jueces y tribunales ordinarios encargados del amparo de la libertad religiosa.

Adviértase, en cualquier caso, que integración no significa aplicación automática. El Convenio incorpora el estándar o nivel mínimo que, en materia de derechos, deben observar los Estados. Un estándar que ha de analizarse en el contexto de cada sistema constitucional y en relación con el caso concreto al que deba ser aplicado. Su integración ha de ser, pues, ponderada. A nivel interno hay que efectuar un examen razonado acerca de la observancia de tales criterios hermenéuticos. En nuestro caso, se trataría de determinar en qué medida estos criterios son aplicables a la interpretación de la «libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades», según la expresión utilizada por el artículo 16 CE. Sobre todo ello nos invita a reflexionar el profesor Lorenzo Martín-Retortillo en la magnífica obra de la que tan sólo he dado alguna noticia. Que el lector profundice y la disfrute como bien merecen el valioso proyecto de la editorial Civitas y el sobresaliente esfuerzo intelectual que hay detrás.

ABRAHAM BARRERO ORTEGA  
*Profesor de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Sevilla*

\* \* \*

ABSTRACT. *In his last book, Lorenzo Martín-Retortillo analyzes the jurisprudence of the European Court of*

AAVV., *La libertad religiosa en España a los veinte años de su ley orgánica*, Ministerio de Justicia, Madrid 1999, pp. 178-183.

<sup>20</sup> STEDH *Otto Preminger-Institut c. Austria*.

*Human Rights regarding to religious freedom. What can we learn about this jurisprudence? According to the 10.2 of Spanish Constitution, provisions relating to the fundamental rights and liberties recognized by the Constitution shall be construed in conformity with the international treaties and agreements thereon ratified by our State.*