

## ABUSO Y APORÍAS EN EL CONFLICTO DE DERECHOS A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN

## ABUSE AND APORIA IN THE CONFLICT OF RIGHTS NOT TO BE DISCRIMINATED

Dolores Morondo Taramundi  
Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe  
Universidad de Deusto

Fecha de recepción 25/06/2013 | De aceptación: 01/12/2013 | De publicación: 18/12/2013

### RESUMEN

La reciente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Eweida y otros c. Reino Unido* afronta, en los casos de Lillian Ladele y Gary McFarlane, la controvertida cuestión de los conflictos de derechos en el ámbito de la discriminación. Este texto pretende examinar cómo impactan los diferentes argumentos sobre el conflicto de derechos en la noción de discriminación y en la comprensión del derecho antidiscriminatorio.

### PALABRAS CLAVE

derecho antidiscriminatorio, conflicto de derechos, libertad religiosa, jurisprudencia TEDH, *Eweida c. Reino Unido*.

### ABSTRACT

In *Eweida and others v UK*, the European Court of Human Rights has decided the cases of Lillian Ladele and Gary McFarlane that were controversially presented as conflicts of rights in the realm of discrimination. This paper aims at examining how the different arguments about the conflict of rights affect the notion of discrimination and the understanding of antidiscrimination law.

### KEY WORDS

antidiscrimination law, conflict of rights, freedom of religion, ECtHR, *Eweida v. UK*.

## 1. Los casos Ladele y McFarlane de la sentencia *Eweida c. Reino Unido* del TEDH

El pasado 28 de mayo, con la decisión que rechazó su solicitud de remisión a la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ponía el punto final a los casos de Lillian Ladele y Gary McFarlane englobados en la sentencia *Eweida c. Reino Unido*, que ahora resulta definitiva<sup>1</sup>. Sin embargo, la controversia que planteaban ambos demandantes queda lejos de estar igualmente cerrada.

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal decidía en un asunto que suscitaba notable controversia y expectación<sup>2</sup>. En *Eweida*, el Tribunal había acumulado las demandas contra el Reino Unido de cuatro ciudadanos que se lamentaban de que la legislación nacional no

---

<sup>1</sup> Asunto *Eweida y otros c. Reino Unido* (n. 48420/10), 15 enero 2013.

<sup>2</sup> Los cuatro casos habían atraído ya la atención pública durante su recorrido procesal en Inglaterra y venían siendo popularmente conocidos (y publicitados) como los “*Christian persecution cases*”. Sostenidos por la Alliance Defence Freedom y otras asociaciones cristianas de defensa jurídica, los casos constituyen “pleitos estratégicos” (*strategic litigation*), un método mediante el cual organizaciones de la sociedad civil buscan transformaciones sociales (en el derecho, la práctica o la conciencia pública) llevando casos cuidadosamente elegidos ante los Tribunales. Los clientes de un pleito estratégico se consideran casos paradigmáticos de un fenómeno más amplio.

protegiese adecuadamente su derecho a manifestar la propia religión o a actuar de acuerdo con los dictados de ésta en el trabajo. Las señoras Eweida y Chaplin se quejaban de las restricciones impuestas por las normas de vestuario de sus empresas que les impedían llevar cruces en forma de colgante al cuello o hacerlo de forma visible. En lo que sigue no nos ocuparemos de estos dos casos.

Las otras dos demandas que completan el asunto *Eweida*, los casos Ladele y McFarlane, se refieren específicamente a las sanciones impuestas contra los demandantes ante la negativa a realizar ciertas tareas que consideraban contrarias a su religión; en lo específico, consideraban que las tareas que se les habían encomendado suponían la aprobación, aceptación, o tolerancia de la homosexualidad y de las uniones homosexuales de forma contraria a los preceptos del Cristianismo.

Lillian Ladele era una empleada del Registro Civil del distrito de Islington en Londres. Con la entrada en vigor de la ley que regula las uniones civiles (*Civil Partnership Act*) en diciembre de 2005, el distrito de Islington decidió que los registradores de matrimonios se ocuparían también del registro de las uniones civiles. Inicialmente, la señora Ladele consiguió mediante acuerdos informales evitar las ceremonias de las

parejas homosexuales. Sin embargo, algunos colegas se quejaron de que esta conducta era discriminatoria. Tras varias comunicaciones, la Junta pidió a la señora Ladele que confirmase su disposición a registrar y realizar otras tareas administrativa relacionadas con las uniones civiles (excluyendo la tarea de officiar las ceremonias) en consonancia con el Código de conducta y la Política de Igualdad de Islington. La señora Ladele se negó, alegando sus convicciones religiosas sobre las relaciones homosexuales, y pidió que la autoridad local acomodase sus creencias. En mayo de 2007, se inició un procedimiento disciplinario y la demandante acudió a los tribunales. Aunque inicialmente el *Employment Tribunal* le dio la razón, esta decisión fue revocada en apelación, por considerarse que el trato recibido por la señora Ladele era un medio proporcionado para lograr un fin legítimo. La Corte de casación (*Court of Appeal*), a la que recurrió la señora Ladele, confirmó el veredicto del Tribunal de apelación estableciendo que la tarea encomendada a la demandante era puramente secular y que el respeto de sus convicciones religiosas no podía imponerse a la política antidiscriminatoria de la autoridad local.

El otro demandante, Gary McFarlane, trabajaba desde 2003 como asesor en Relate, una organización británica que proporciona servicios

de terapia sexual y asesoramiento de parejas. A finales de 2007, los supervisores del señor McFarlane habían expresado su preocupación porque las creencias religiosas de éste relativas a la homosexualidad pudieran afectar a su trabajo con parejas homosexuales. Cuando en el curso de una investigación disciplinar se le pidió que garantizase claramente su compromiso para realizar terapias psico-sexuales con parejas homosexuales, el Sr. McFarlane eludió dar una respuesta explícita y fue despedido por falta muy grave. La demanda de McFarlane ante el Tribunal de trabajo (*Employment Tribunal*) por discriminación por motivos religiosos y despido improcedente no prosperó. El Tribunal de apelación (*Employment Appeal Tribunal*) confirmó esta decisión, sosteniendo que Relate tenía derecho a rechazar un acomodo que contradecía principios fundamentales declarados de la organización. El recurso a la Corte de casación (*Court of Appeal*) no fue admitido.

En este trabajo utilizaremos estos dos casos para examinar algunos argumentos sobre conflictos de derechos en el ámbito de la discriminación y del derecho antidiscriminatorio. En sus demandas ante Estrasburgo, Ladele y McFarlane denunciaban una discriminación por motivos religiosos. McFarlane alegaba la violación del artículo 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), solo y en relación con el artículo

14 (prohibición de discriminación), mientras que Ladele sostenía que en su caso se violaba el artículo 14 (prohibición de discriminación) a causa de sus creencias religiosas. Puesto que los dos casos son sustancialmente iguales, lo primero que examinaremos (2) es cómo se construyen las demandas de discriminación en cada uno de ellos. En ambos casos los demandantes consideran que se les discrimina porque no se les permite eximirse de la aplicación de una norma antidiscriminatoria o de una norma no discriminatoria. Por ello, muchos de entre los intervinientes en el proceso y algunos comentarios de la sentencia han hablado de un “conflicto de derechos”, presentando el caso a veces como un conflicto entre el derecho de libertad religiosa y el derecho a no sufrir discriminación por razón de la 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 (3). Finalmente, consideraremos cómo impactan los diferentes argumentos sobre el conflicto de derechos en la noción de discriminación y en la comprensión del derecho antidiscriminatorio (4).

## 2. La discriminación por motivos religiosos: ¿14+9 o 9+14?

Si estuviéramos en el campo de las matemáticas, alguien podría objetar que el orden de los factores no altera el producto. Sin embargo, ante dos casos sustancialmente iguales<sup>3</sup>, una demandante ha elegido presentarlo como un caso de discriminación y el otro como un caso de interferencia con su libertad religiosa. Veamos

---

<sup>3</sup> La única diferencia entre los casos, que motivó la opinión de disenso de los jueces Vučinić y De Gaetano, es que cuando firmó su contrato, la Sra. Ladele no podía prever que sus tareas habrían incluido, algunos años después, la celebración y registro de las uniones civiles de parejas homosexuales. A diferencia del caso McFarlane, la incompatibilidad de Ladele con su trabajo es, por decir así, sobrevenida. Esta distinción parece seguir un argumento de la jurisprudencia del TEDH que precisamente la sentencia *Eweida* revoca llamativamente. Este argumento, que había hecho escuela en la jurisprudencia inglesa y que fue esgrimido por el gobierno británico, sostiene que la garantía última de la libertad religiosa de un empleado consiste en la posibilidad de dejar el puesto de trabajo. Pues bien, la opinión de disenso de los jueces Vučinić y De Gaetano, haciendo la distinción entre los dos casos parece argumentar que, en el caso de Ladele, sería injusto que tuviera que recurrir a esta medida extrema puesto que la incompatibilidad no era previsible cuando aceptó el puesto. En el caso de McFarlane, sin embargo, la incompatibilidad le tendría que haber resultado clara desde el principio y los jueces Vučinić y De Gaetano opinan que tendría que haber elegido un puesto de trabajo en el que sus creencias no le impidiesen realizar las tareas previstas, en vez de pedir una exoneración después de haber firmado un contrato.

Sin embargo, la fragilidad del argumento del despido voluntario como garantía de la libertad religiosa del trabajador, criticado por los abogados de las partes demandantes, por algunas organizaciones de defensa de los derechos fundamentales intervinientes en el proceso e, *in fine*, por el mismo Tribunal en la sentencia (párrafo 83), debilita la distinción entre los dos casos y la defensa de Ladele en este punto. Si en el trabajo se debe proteger la objeción de conciencia de ciertos individuos para evitar una situación discriminatoria, no se entiende por qué únicamente en los casos de incompatibilidad sobrevenida sin la intervención del objetor. ¿No sería igualmente discriminatorio no poder acceder a puestos de trabajo, o que dicha objeción no se reconociese a quienes se convierten a ciertas creencias estando ya contratados?

entonces qué se impugna, y cómo se ha construido y valorado la discriminación alegada en cada uno de los dos casos.

La abogada de Lillian Ladele, Dinah Rose QC, insistió en su intervención en la audiencia ante el Tribunal<sup>4</sup> de que el de Ladele era un caso de discriminación por motivos religiosos según el artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 9 y no un caso de interferencia con la libertad religiosa, es decir un caso de violación del artículo 9 en sí mismo. La señora Ladele sostenía que había sido discriminada porque no había sido tratada de modo diferente respecto a los empleados que no tenía una objeción de conciencia relativa al registro de uniones civiles homosexuales. El distrito de Islington podría haber acomodado razonablemente sus creencias religiosas y su negativa a adoptar medios menos restrictivos no era una acción proporcionada según los artículos 14 y 9. El Estado tenía una obligación de neutralidad y la autoridad local no había conseguido alcanzar un justo equilibrio entre el objetivo legítimo de dar un servicio sin discriminar por motivos de orientación sexual y el hacerlo sin discriminar contra sus propios empleados en base a su religión.

<sup>4</sup> Disponible en internet: <http://www.youtube.com/watch?v=CErQfekEKKc>, a partir de 0:58:58 (última visita 05-07-2013).

Debemos, en modo preliminar, examinar un pasaje técnico de la construcción de la demanda por discriminación de Lillian Ladele que no resulta claro. Como es sabido el artículo 14 del Convenio Europeo no tiene existencia independiente, es decir, hay que invocarlo en relación con uno de los derechos protegidos por el Convenio mismo. La señora Ladele invoca el artículo 14 en relación con el artículo 9: la conducta por la que se le había abierto expediente disciplinario era una manifestación de su religión. Haciendo esta conexión, sin embargo, la pretensión de diferenciar éste como un caso de discriminación respecto al caso *McFarlane*, una demanda más tradicional relativa al artículo 9, resulta debilitada. Veamos por qué.

Que la conducta por la que Lillian Ladele fue sancionada disciplinariamente y eventualmente perdió su empleo esté basada en sus creencias religiosas significa que de entre todos los motivos de discriminación (o status protegidos, como los llama el Tribunal) que recoge el artículo 14<sup>5</sup>, el aplicable a su caso es la religión. Es decir, lo que Ladele argumenta es que sufrió discriminación

<sup>5</sup> El artículo 14 recoge en realidad un elenco no exhaustivo de motivos de discriminación: «especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». El Tribunal ha sostenido que para poder invocar este artículo las diferencias de trato tienen que estar basadas en una “característica identificable” o “status”, *Asunto Carson y otros c. Reino Unido* [GS] (n. 42184/05), 16 marzo 2010.

por motivos religiosos, pero esto es sustancialmente diferente del significado de invocar el artículo 14 en relación con el artículo 9. Invocar esta combinación significa denunciar una discriminación, por algún motivo, en el goce del derecho protegido por el artículo 9, es decir, la libertad de conciencia, pensamiento y religión<sup>6</sup>.

La abogada de Lillian Ladele había dado gran importancia al hecho de que lo que planteaban era una demanda por discriminación y no una demanda por interferencia en la libertad religiosa. Sin embargo, invocando el artículo 9 como soporte del 14 lo que hizo fue plantear una demanda de discriminación en la libertad religiosa o de interferencia discriminatoria en la libertad religiosa por motivos religiosos. La dificultad para construir éste como un caso de discriminación distinto del caso McFarlane estriba en que la discriminación por motivos religiosos que alega Lillian Ladele se refiere a un derecho no contemplado por el Convenio, esto es, el empleo<sup>7</sup>. Por ello, debido a las dificultades de

---

<sup>6</sup> Entre los casos de combinación de los artículos 14 + 9, es bastante frecuente que el motivo de discriminación alegado sea la religión misma, es decir, que las normas de un Estado discriminen entre grupos religiosos a la hora de garantizar la libertad religiosa. Pero podría haber otros motivos de discriminación en el ámbito del artículo 9 (Asunto *Darby c. Suecia* (n. 11581/85), de 23 octubre 1990), así como podría invocarse la discriminación por motivos religiosos con relación al goce de otros derechos (*Vojnity c. Hungría* (n. 29617/07), de 12 febrero 2013).

<sup>7</sup> El empleo como tal no está protegido por el Convenio Europeo, y el Tribunal –aunque lo haya alargado

alegar discriminación por motivos religiosos en relación con sus condiciones de trabajo (la negativa de acomodo razonable) o a su despido, la discriminación por motivos religiosos se alega en relación con la libertad religiosa misma, lo que hace el caso indistinguible en su construcción jurídica<sup>8</sup> respecto a la interferencia discriminatoria en el ámbito de la libertad religiosa (combinación de los artículos 9 y 14) del caso McFarlane. En lo que sigue, consideraremos la alegación de discriminación de Ladele sin las restricciones impuestas al artículo 14, es decir, la consideraremos no sólo bajo el aspecto de una interferencia discriminatoria en la libertad religiosa (como el caso McFarlane), sino también una discriminación resultante de la falta de acomodo de sus condiciones de trabajo a sus creencias religiosas, que es en mi opinión, lo que realmente se discutía.

---

progresivamente– es bastante restrictivo sobre lo que puede comprender el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero (derecho de propiedad). El ámbito del trabajo y de las relaciones laborales, sin embargo, si pueden ser el *contexto* en el que se violan derechos fundamentales protegidos por el Convenio, como la libertad religiosa en el caso que estamos examinando, o la libertad de expresión (*Guja c. Moldavia* [GS] (n. 14277/04), 12 febrero 2008), de asociación (*Redfearn c. Reino Unido* (n. 47335/06), 6 diciembre 2012), o el derecho a un justo proceso (*García Mateos c. España* (n. 38285/09), 19 febrero 2013).

<sup>8</sup> Una diferencia crucial para la abogada, pero irrelevante para nuestra discusión, es la probabilidad de ganar el pleito: estructurando el caso como una violación del artículo 14 en relación con el artículo 9, no es necesario demostrar que haya una infracción del artículo 9, sólo la afectación de la libertad religiosa. Por ejemplo, *Grzelak c. Polonia* (n. 7710/02), 15 junio 2010 u *O'Donoghue y otros c. Reino Unido* (n. 34848/07), 14 diciembre 2010.

Gary McFarlane, por otra parte, había planteado una demanda más clásica invocando la violación del artículo 9 solo o en combinación con el artículo 14. Respecto a la violación del artículo 9, el demandante contestaba la distinción hecha por el gobierno británico entre las creencias religiosas y los actos motivados o inspirados por una creencia religiosa, no todos protegidos por la ley, y subrayaba la importancia de determinar si – como establecido por la jurisprudencia de la Corte<sup>9</sup>– la interferencia con el derecho a la libertad religiosa es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a un fin legítimo. La determinación del margen de apreciación del Estado tiene que tener en cuenta la necesidad de mantener un «auténtico» pluralismo religioso que es inherente al concepto de sociedad democrática. La violación del artículo 9 en combinación con el artículo 14 no resulta sin embargo claramente de los argumentos del señor McFarlane, y se puede reconstruir sólo a partir de dos frases de la alegación de méritos del demandante. Al igual que la señora Ladele, aunque no lo haga explícito, el señor McFarlane parece quejarse de la falta de un acomodo razonable por parte de la empresa.

---

<sup>9</sup> *Leyla Şahin c. Turquía* (n. 44774/98), 10 noviembre 2005; *Bayatyan c. Armenia* [GS] (n. 23459/03), 7 julio 2011; *Manoussakis y otros c. Grecia* (n.18748/91), 26 septiembre 1996.

Como se puede ver, en ambos casos el planteamiento de la la discriminación sufrida es bastante escueto; la comparación final del argumento de McFarlane<sup>10</sup> es, además, oscura en su significado y función. Ninguno de los demandantes se apoya en doctrina precedente del Tribunal ni en jurisprudencia previa. Es más, aunque en ambos casos la discriminación se construye como un injusto tratamiento no diferenciado, no hay una referencia elaborada al caso *Thlimmenos c. Grecia*<sup>11</sup>, el único en el que el Tribunal ha usado la noción de discriminación por indiferenciación invocada por Lillian Ladele.

El gobierno británico intervino (par. 63) situando la denuncia de Ladele y McFarlane en el ámbito de la proporcionalidad y del equilibrio que la legislación inglesa establecía entre el derecho a la manifestación de creencias religiosas y el derecho a no sufrir discriminación por motivos de orientación sexual. Cae dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales determinar cómo lograr dicho equilibrio, y esto debería aplicarse –según el gobierno británico– tanto si se consideran estos casos *ex* artículo 9 como si se los considera en virtud del artículo 14

---

<sup>10</sup> «Es irrealista o fantasioso (*unrealistic*) pedir al demandante que cambie trabajo o carrera a causa de su posición moral relativa a la conducta homosexual; lo mismo no se hubiera pedido a un homosexual que perdiera el trabajo por motivos discriminatorios» (par. 74).

<sup>11</sup> Asunto *Thlimmenos c. Grecia* [GS], (n. 34369/97), 6 abril 2000.

en combinación con el artículo 9. A diferencia de los demandantes, el gobierno británico formula el problema como un conflicto entre derechos, y no como un conflicto entre un derecho (el de libertad religiosa) y un fin (de política pública o de política de empresa) legítimo. Sin embargo, en la argumentación del gobierno británico no parece que se dé particular relevancia a que éstos sean considerados como casos de discriminación, puesto que la línea argumentativa se aplicaría igualmente si fueran casos discutidos únicamente bajo los auspicios del artículo 9.

La Corte de Estrasburgo había autorizado la intervención por escrito de numerosos terceros como partes interesadas<sup>12</sup>. De estas intervenciones, la Corte enfatiza (par. 75-78) los argumentos relacionados con el “acomodo razonable” poniéndolos en conexión con la cuestión de la proporcionalidad y la justificación de una interferencia con el artículo 9<sup>13</sup>. El análisis de proporcionalidad, en estas observaciones a la Corte, tendría que tener en cuenta la posibilidad de acomodar las creencias y prácticas de los

---

<sup>12</sup> En total, 10 asociaciones y 4 obispos, un hecho bastante excepcional para un asunto sentenciado por una Sala, lo que demuestra el interés y la expectación que el caso había suscitado.

<sup>13</sup> Aunque tanto en la literatura científica como en el derecho de la Unión Europea hay una conexión de esta figura con el derecho antidiscriminatorio (Bribosia et al. 2010; Lawson 2010; Bamforth et al. 2008). Más en general, Ruiz Vieyetz (2009) y la bibliografía allí citada.

individuos porque «en una sociedad democrática y pluralista se necesita un compromiso entre derechos contrapuestos (*competing rights*)». De manera más sucinta, la Corte pasa revista también a las observaciones relacionadas con las creencias religiosas como base para una exención (objeción de conciencia) respecto a las normas antidiscriminatorias o a las políticas de igualdad, así como a las observaciones respecto al acomodo de prácticas que tienen un impacto sobre grupos minoritarios o desaventajados.

Finalmente, llegamos al razonamiento de la Corte en la reconstrucción de la discriminación que alegan haber sufrido los demandantes. La Corte recoge los principios generales relativos al artículo 14 del Convenio en los párrafos 85 y siguientes de la sentencia. Aparte de recordar el carácter autónomo pero no independiente del artículo 14, y la necesidad de que se identifique una característica o status protegido para invocar su aplicación, la Corte señala dos elementos de la cláusula antidiscriminatoria del Convenio. En primer lugar, el artículo 14 incluye la discriminación por diferenciación y por indiferenciación<sup>14</sup>; es decir, la discriminación resultante tanto de tratar en modo diverso casos fundamentalmente análogos (o similarmente

---

<sup>14</sup> O por igualación, en la terminología de Fernando Rey (Rey Martínez 2008). Véase también sobre este concepto Cobreros Mendazona 2007.



situados) como la que resulta por tratar en el mismo modo casos fundamentalmente distintos. En segundo lugar, el carácter discriminatorio de una acción o tratamiento depende, además, de la ausencia de una justificación objetiva y razonable. Esta justificación objetiva y razonable consta de dos elementos: la persecución de un fin legítimo, y la razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

A pesar de que cada uno de los demandantes había optado por una construcción jurídica diversa del propio caso, subsumiéndolo bajo normas diversas, el razonamiento de la Corte los homologa hasta el punto de utilizar la misma secuencia de argumentos e incluso las mismas frases. La única diferencia está al inicio, en el punto de partida del examen en cada caso: en *Ladele* hay una infracción del artículo 14 y es por tanto necesario ver si está justificada; en *McFarlane* hay una interferencia con el artículo 9 y es por tanto necesario ver si está justificada.

En *Ladele*, la Corte acoge dos argumentos de la demandante, fundamentales para poder establecer la relevancia de la cláusula antidiscriminatoria y configurar un conflicto de derechos a no sufrir discriminación: el primer argumento es que la objeción de la demandante a «participar en la creación de uniones civiles homosexuales» estaba motivada por sus creencias religiosas, y que por tanto caía «dentro del ámbito del artículo 9»; el

segundo argumento es que la demandante ha sido discriminada por indiferenciación respecto a los registradores que no tengan objeciones religiosas a las uniones de parejas homosexuales; éstas personas constituirían por tanto el llamado “*relevant comparator*”, la figura respecto a la cual se establece la diferencia desfavorable de tratamiento. Aunque ambos argumentos podrían ser objeto de crítica y discusión, la Corte ha decidido adoptarlos sin ulterior querrela y desplazar el peso de la argumentación al examen de la justificación, en manera análoga a los casos que se deciden en el ámbito del artículo 9.

Con ello, la Corte ha establecido algunas pautas que son, en mi opinión, muy discutibles tanto en relación con la idea de discriminación como con el papel que se atribuye a la cláusula antidiscriminatoria. Dichas pautas quedan ocultas, en la sentencia, por la construcción de la controversia como “conflicto de derechos” y el planteamiento que aboga por lograr un “justo equilibrio” (*fair balance*).

### 3. El conflicto de derechos entre abuso y aporías

Muchos, por no decir casi todos<sup>15</sup>, los intervinientes han construido la controversia

---

<sup>15</sup> Las excepciones incluyen al Tribunal de casación inglés y algunos de los argumentos del gobierno británico.

como un “conflicto de derechos” o un caso de “derechos en competición” (*competing rights*). La solución propuesta consiste en “lograr un equilibrio justo” que proteja el pluralismo inherente a la democracia y permita la convivencia de grupos diversos. El justo equilibrio sería el resultado de la ponderación de los derechos enfrentados, mediante un análisis de proporcionalidad. Una de las quejas recurrentes de los comentaristas de las sentencias inglesas en *Ladele* y *McFarlane* es precisamente esa falta de ponderación y proporcionalidad de los derechos en juego: según los críticos, los tribunales de apelación ingleses habían tenido en cuenta únicamente la importancia de no sufrir discriminación en razón de la orientación sexual, desatendiendo la importancia de la discriminación por motivos religiosos.

La temática iusfilosófica relativa al conflicto de derechos ha crecido a ritmo sostenido en los últimos decenios. No tenemos aquí la posibilidad de abordar ni siquiera sumariamente las controversias teóricas que dicha literatura contiene (Pino 2006; Moreso 2010), pero creo que no necesitamos tampoco posicionarnos respecto de ese debate: independientemente de si los conflictos de derechos existen o no, o de si construir el presente tipo de controversias como un conflicto de derechos es correcto desde un punto de vista teórico, lo cierto es que el hecho

(empírico) de que en sede de debate judicial y de discusión científica se construya como un conflicto de derechos tiene “efectos de verdad”, o como diría Maquiavelo una verdad efectiva, activa y concreta<sup>16</sup>. El fin último de este texto es precisamente el análisis y evaluación de esos efectos, que descienden de la construcción del conflicto de derechos a no sufrir discriminación y van dando forma en la discusión científica y jurisprudencial a la noción de discriminación y de derecho antidiscriminatorio.

### 3.1. Las aporías del conflicto: ¿discriminar para luchar contra la discriminación?

El efecto más llamativo de la construcción de estas controversias como un conflicto de derechos a no sufrir discriminación es la aporía resultante, que se expande hasta abarcar la idea de igualdad o las normas de derechos humanos<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> La “*verità effettuale della cosa*”, que podría traducirse como la verdad concreta, no abstracta o teórica «corresponde a un mundo estructuralmente *variado*, no unitario sino plural (...) no es en absoluto un *dato* ingenuo, primario, meramente fáctico – un “es así” contrapuesto al “debería ser así”. De hecho su característica decisiva no es su facticidad, sino el que exista sólo *a través de la opinión* de la mayoría. Es, por tanto, un dato irreductiblemente *ideológico*» (Frosini 2006: 56-7).

<sup>17</sup> Por ejemplo, un reciente encuentro público, al hilo de la sentencia *Eweida*, de la Asociación británica de abogados de derechos humanos proponía como título “*Unequal equality?*” (¿Una igualdad desigual?). En este encuentro, algunos de los abogados y juristas que habían participado al procedimiento delante del TEDH se reunían para discutir si es realmente posible garantizar igual trato en función de diversos factores de discriminación al mismo tiempo, o si,

Autores como Lorenzo Zucca, sin embargo, nos invitan a utilizar el lenguaje del conflicto de derechos con mayor parsimonia y a definir los conflictos en modo estricto. La primera razón que aduce Zucca para hacerlo es evitar, precisamente, el uso ideológico de los conflictos de derechos: «Hablar de conflictos es un modo fácil de hacer que la decisión parezca más difícil de lo que realmente es. Un conflicto aparente, en otras palabras, opera como una cortina de humo para un uso más robusto de la discrecionalidad» (Zucca 2008: 31)<sup>18</sup>.

El razonamiento del TEDH en los dos casos que examinamos no se detiene siquiera a examinar los elementos del conflicto, ni cómo esos elementos podrían determinar el juicio de proporcionalidad. En la documentación del caso, la controversia viene a veces presentada como un conflicto entre el derecho de libertad religiosa y el derecho de no sufrir discriminación, mientras que en otras ocasiones se nos presenta un conflicto entre dos derechos a no sufrir discriminación por motivos diversos, creencias religiosas y orientación

---

vistos los resultados de la sentencia *Eweida*, no tendríamos que pensar que la normativa sobre los derechos humanos privilegia algunos factores de discriminación sobre otros.

<sup>18</sup> En este ámbito de la discrecionalidad cabría entender el uso del margen de apreciación del Estado por parte del TEDH como forma de *non liquet*, al que está dedicado el atento estudio de Giulio Itzcovich (Itzcovich 2013), o el redimensionamiento del potencial del derecho antidiscriminatorio, del que hablaremos en el siguiente epígrafe.

sexual, respectivamente. El primero sería un caso de “inter-rights conflict”, mientras la segunda construcción podría entenderse como un conflicto “intra-rights” (Pino 2006: 22 ss., y la bibliografía allí citada)<sup>19</sup>.

En la construcción del caso como un conflicto entre dos derechos diferentes, se subraya, por un lado, la pertinencia del artículo 9. Para ello, es fundamental conseguir establecer una diferencia, harto problemática pero que la Corte no entra a considerar, entre la creencia consciente y meditada sobre la inmoralidad de la conducta homosexual<sup>20</sup> contraria a la voluntad de Dios, y los prejuicios y actitudes intolerantes sobre la homosexualidad<sup>21</sup>. Sólo estos últimos podrían ser

---

<sup>19</sup> Como ya he dicho, el TEDH procede en manera análoga en el examen de las demandas de Ladele y McFarlane y, por tanto, no se detiene a considerar esta diferencia.

<sup>20</sup> En la doctrina hay también distinciones incluso más problemáticas entre la homosexualidad como característica de los individuos (la inclinación homosexual), la homosexualidad como conducta, y la opinión sobre la aceptabilidad moral de la homosexualidad. Mientras la primera sería una característica adscriptiva sobre la que el individuo no decide y que podría cambiar sólo con «gran esfuerzo ascético, asesoramiento psicológico o una combinación de ambos» (sic), no ocurre así con las otras dos acepciones que no son características de la persona, sino «creencias y comportamientos» y que pueden ser cambiados. Según el autor, las normas antidiscriminatorias que tuvieran por objeto la discriminación por motivo de la orientación sexual en el segundo o tercer sentido estarían traspasando los límites del derecho de expresión y constituirían una forma de parcial (*one-sided*) persecución de las opiniones de disenso (Affolter 2013: 250-1).

<sup>21</sup> De hecho, el nudo de la discusión lo resume la Baronesa Royall of Blaisdon, Ministra de Igualdad del gobierno británico, en respuesta a una interrogación parlamentaria sobre el proyecto de la Ley de Igualdad de 2010: «No

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

La otra parte del conflicto, el “*competing right*”, queda bastante desdibujada en el razonamiento del Tribunal debido, en parte, a que su examen se sitúa en el análisis de proporcionalidad de la infracción del derecho invocado por los demandantes (a no ser discriminado por motivos religiosos o a la libertad religiosa). Es decir, aunque la controversia se presenta como un conflicto entre *derechos* o de *derechos* en competición, frente al derecho de libertad religiosa no aparece otro derecho sino una serie

---

aceptaríamos nunca que una persona tuviera objeciones de conciencia en función de la raza o de una discapacidad, entonces ¿por qué la orientación sexual es diferente?». Citada en la intervención escrita presentada por la National Secular Society.

de pretensiones no claramente estructuradas que componen el “fin legítimo” de la interferencia con la libertad religiosa. Hay que notar, por ejemplo, que el TEDH no menciona en ningún caso que el derecho contrapuesto a la libertad religiosa de Lillian Ladele sea la vida familiar de las parejas homosexuales que pretenden registrar su contrato de unión civil (artículo 8 del CEDH).

El razonamiento del Tribunal resulta todavía más lagunoso, y el resultado del conflicto aún más aporético, si lo examinamos desde la perspectiva de un conflicto “intra-rights”: en ambos lados del conflicto encontramos una pretensión relativa a la prohibición de discriminación. En esta hipótesis juega un papel fundamental la aceptación por parte del Tribunal de Estrasburgo de la configuración de la discriminación por indiferenciación: Lillian Ladele denuncia haber sufrido una discriminación por no haber sido tratada de modo diverso de aquellos que no tienen objeciones (religiosas, añade el Tribunal) a las uniones homosexuales. Esta pretensión contiene dos elementos: el tratamiento desfavorable o perjudicial y el elemento comparativo. El expediente disciplinario y posterior despido es, efectivamente, un perjuicio. Sin embargo, el tratamiento desfavorable no se refiere a esto (que es la sanción general de un cierto comportamiento) sino al efecto desfavorable de la norma supuestamente discriminatoria sobre los

demandantes u aquellos en una situación similar. Es decir, el efecto perjudicial es la dificultad que la aplicación de las normas antidiscriminatorias de *Islington y Relate* crea a los demandantes para realizar su trabajo. Su propuesta para superar esta dificultad es, por ello, que se les proteja (mediante una exención) de los efectos de la aplicación de la norma antidiscriminatoria. El segundo elemento de la discriminación sufrida es la desventaja comparativa. Esta dificultad que experimentan los demandantes es un tratamiento desfavorable respecto a quien no tiene objeciones de conciencia relativas a las parejas homosexuales. El Tribunal limita el grupo de posibles figuras de comparación a quienes no tengan objeciones *religiosas* relativas a las parejas homosexuales, pero aún así no queda clara la construcción del “relevant comparator” que parece más una definición tautológica o una petición de principios que un estándar de comparación.

El Tribunal no examina esta hipótesis de conflictos a no sufrir discriminación, aunque ésta sea la forma más extendida de representar este tipo de conflictos<sup>22</sup> y la que crearía un mayor dilema. En efecto, en este segundo tipo de

---

<sup>22</sup> La idea de que las normas antidiscriminatorias discriminan y de que las leyes de igualdad han ido demasiado lejos es un tema recurrente. Merece la pena recordar, en este sentido, las discusiones sobre la “discriminación inversa” y las “víctimas inocentes” de los programas de igualdad de oportunidades (Morondo Taramundi 2002).

conflictos, la norma antidiscriminatoria, para evitar discriminar por motivos religiosos debería aplicarse a todos los comportamientos que impliquen discriminación por motivo de la orientación sexual, *con la exclusión* de aquellos basados en objeciones de conciencia o en objeciones religiosas a la homosexualidad o a la conducta homosexual.

Esto nos muestra que, aunque el problema se afronte dentro de una dinámica sobre la ponderación de derechos y el análisis de proporcionalidad, la solución que resolvería el conflicto es el redimensionamiento de la cláusula antidiscriminatoria mediante la introducción de excepciones.

### 3.2. Abuso y conflicto de derechos

Como ya hemos observado, la construcción de los casos que examinamos como conflictos de derechos y su sometimiento a la disciplina de la proporcionalidad es la posición mayoritaria pero no la única. Una parte de los argumentos relativos a estos casos niegan o redimensionan la existencia de un conflicto de derechos. En los términos del debate iusfilosófico al que hacíamos referencia antes, los argumentos que vamos a ver a continuación podrían entenderse dentro del

enfoque “especificacionista”<sup>23</sup>, es decir la controversia entre las partes no da lugar a un conflicto entre derechos porque se sostiene que lo que demanda una de las partes no entra dentro del ámbito de protección del derecho invocado, se redimensiona de este modo el alcance o el contenido del derecho, eliminando la zona de fricción entre las demandas contrapuestas.

Un argumento especificacionista sería, por ejemplo, el que sostiene el gobierno británico, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, y que distingue entre las conductas motivadas o inspiradas por la religión y las formas de conducta o acciones que constituyen una práctica de la religión en una forma generalmente reconocida o en forma obligada por preceptos religiosos. Según el gobierno británico, el primer grupo estaría fuera del ámbito de protección del artículo 9 y su regulación no daría lugar a interferencias con la libertad religiosa. Sin embargo, esta estrategia está obstaculizada por el cambio de ruta de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Estrasburgo, así como en otras instancias internacionales, que se inclina hacia el enfoque subjetivo de la “sincera convicción” del individuo

---

<sup>23</sup> «Cuando nuestros derechos parecen estar en conflicto con otras consideraciones morales, incluyendo otros derechos, podemos resolver la tensión reduciendo o el alcance del derecho o su fuerza. Creo que la mejor solución en estos casos es retener la mayor fuerza y reducir el alcance mediante las cláusulas de excepción» (Russ Schafer-Landau, citado en Moreso 2012: 35).

a la hora de determinar si la conducta en cuestión constituye o no una práctica religiosa. Además, esta distinción es, en mi opinión, improcedente porque excede las competencias de un tribunal secular y traspasa la línea de la separación entre el Estado y la religión: ¿cómo distinguir una práctica religiosa –protegida– de una acción inspirada por la religión? ¿Son los tribunales competentes para dirimir estas cuestiones, que parecen fundamentalmente relativas a la ortodoxia doctrinal o a la conformidad teológica?

Más posibilidades podría tener el enfoque basado en el uso del artículo 17 del Convenio Europeo, que contiene la prohibición de abuso de derecho: esta estrategia especificacionista excluiría del ámbito de protección del artículo 9 aquellas acciones o conductas que, inspiradas, motivadas o incluso obligadas por preceptos religiosos, supongan una vulneración de los derechos de otros.

El uso del artículo 17 evitaría al Tribunal tener que entrar en consideraciones sobre el carácter central, u ortodoxo, u obligatorio, de determinadas actitudes o acciones; tampoco tendría que decidir sobre el valor o la importancia *en términos religiosos* de dicha práctica, para después ponderar dicho valor con otros derechos, lo cual podría producir no ya tanto conflictos de derechos sino controversias sobre la (in)conmensurabilidad de las lesiones respectivas.

Pasar los conflictos de derechos por el tamiz del artículo 17 preliminarmente a cualquier consideración de proporcionalidad ayudaría a determinar si, de acuerdo al estándar que establece el Convenio Europeo y al sistema de valores que éste representa, esa práctica es lesiva o no de los derechos de otros<sup>24</sup>.

En el presente caso, éste es uno de los aspectos que no han sido clara y separadamente examinados por el Tribunal, sino que yace escondido entre los pliegues del conflicto. El caso *Ladele* sería, seguramente, el más complicado de defender desde la perspectiva del abuso de derechos. A pesar del cuidadoso lenguaje empleado por la abogada de la demandante, la pretensión de no registrar las uniones civiles tiene una afectación directa de los derechos contemplados en el artículo 8 del Convenio Europeo. 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 recientemente<sup>25</sup>. Está

pidiendo una objeción de conciencia respecto de un bien protegido por el Convenio Europeo<sup>26</sup>. 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, como dijo la portavoz del Christian Legal Centre en una entrevista a la televisión inglesa<sup>27</sup>, una opinión digna de respeto y *protección jurídica*. Si bien es cierto que el Tribunal ha establecido que el artículo 9 (o 14 + 9) no da derecho a dicha objeción de conciencia, no ha dicho que dicha objeción de conciencia es imposible en virtud del artículo 17.

#### 4. La “*verità effettuale*” del conflicto en la teoría del derecho antidiscriminatorio

---

*Kopf c. Austria* (n. 30141/04), 24 junio 2010; *X y otros c. Austria* [GS] (n. 19010/07), 19 febrero 2013.

<sup>26</sup> Este aspecto distingue netamente la objeción que solicitan Ladele o McFarlane de la objeción de conciencia relativa al aborto o a la eutanasia, y les aproxima a una hipotética pretensión de no registrar matrimonios inter-raciales o inter-religiosos, por ejemplo.

<sup>27</sup> BBC News, 15 enero 2013, disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=eZ-a7hG9pQE>. Visto desde la perspectiva del artículo 17, el conflicto no aparece tan claramente como un conflicto de “derechos”, sino como un conflicto entre diversos sistemas de valores. Sobre las diferencias y similitudes entre los conflictos de derechos fundamentales y los conflictos morales en el ámbito del pluralismo de valores, Alvarez 2011.

---

<sup>24</sup> Tenemos que admitir que un mecanismo como el apenas expuesto tendría un impacto diferenciado sobre algunos motivos de discriminación. Como señala la National Secular Society, la religión es un motivo de discriminación particular (junto con las opiniones políticas, añadiría yo) puesto que es el único que puede entrar en conflicto con una exigencia de respetar la protección de otras características.

<sup>25</sup> *Asuntos E.B. c. Francia* (n. 43546/02), 22 enero 2008; *Kozak c. Polonia* (n. 13102/02), 2 marzo 2010; *Schalk y*

Y llegamos finalmente, como señalaba antes, a la maquiaveliana “*verità effettuale della cosa*”. ¿Cuáles son, entonces, los efectos de la decisión en Ladele y McFarlane en el ámbito teórico del derecho antidiscriminatorio? ¿Y particularmente en la noción de discriminación y en la función del derecho antidiscriminatorio que se va afirmando en Europa, en el ámbito del Convenio Europeo?

Preliminarmente debemos señalar que, en caso de que existiese –y existe– la percepción de que hay un conflicto entre los “derechos de los cristianos” y los “derechos de la comunidad gay” o entre el derecho a no sufrir discriminación por motivo de las creencias religiosas y el derecho a no sufrir discriminación por la propia orientación sexual, la intervención del Tribunal no ha despejado el horizonte.

En primer lugar porque ha confirmado que el conflicto entre los dos intereses o las dos pretensiones en juego puede ser construido como un conflicto de *derechos*, aún con la importante limitación que puede inferirse de la sentencia, a saber, que no existe *ex artículo 9* un derecho a la objeción de conciencia en estos casos. En segundo lugar, porque el caso ha terminado en la traducción de Estrasburgo del *non liquet*, es decir, el margen de apreciación del Estado<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Algunos intervinientes consideran que ésta es una posición prudente, sobre todo vista la reacción a la sentencia de la Sala en Lautsi (McCrea 2013). Sin embargo, este tipo

Más concretamente, en el ámbito del derecho antidiscriminatorio, la sentencia *Eweida* deja al descubierto la fragilidad de la teoría (y la práctica) antidiscriminatoria del TEDH<sup>29</sup>.

La Sala, en efecto, se detiene sólo brevemente sobre la primera etapa, el establecimiento de la desventaja respecto del “relevant comparator”<sup>30</sup>. Quizá porque ya había decidido resolver el caso en el margen de discrecionalidad y, prudentemente, dejar que estos problemas los maneje cada Estado, el TEDH acepta sin ulterior

---

de consideración suscita siempre cierta perplejidad. ¿Qué sucederá con las parejas homosexuales en aquellos países con poblaciones y gobiernos más intolerantes y homófobos? Es decir, allí donde haría más falta la protección internacional. El posicionamiento del Tribunal sobre el margen de apreciación de los Estados en los casos que tratan de derechos de grupos en situación de desventaja o de desequilibrio anula el enfoque contra-mayoritario que ha permitido la expansión y refuerzo de los derechos fundamentales en Europa.

<sup>29</sup> No incluyo en la “fragilidad” las intemperadas opiniones expresadas por los jueces Vučinić y De Gaetano en sede separada. El lenguaje utilizado, que tilda las políticas de igualdad o antidiscriminatorias como “miope actitud del políticamente correcto” o “línea doctrinaria”, contrapone los derechos de los homosexuales a los derechos fundamentales, o considera las decisiones de los Tribunales ingleses un “*iter lamentabilis*”, transmite una hostilidad hacia la idea de igualdad, de que la igualdad alcance también a las personas homosexuales, que cualquier juez en un tribunal de derechos humanos debería encontrar difícil justificar.

<sup>30</sup> «La Corte considera que la figura de comparación relevante en este caso es un registrador que no tenga objeciones religiosas a las uniones homosexuales. Concuere con la afirmación de la demandante de que la exigencia por parte de la autoridad local a todos los registradores de nacimientos, matrimonios y defunciones de ocuparse también del registro de las uniones civiles tuvo un impacto particularmente perjudicial en ella a causa de sus creencias religiosas» (par. 104).



discusión el caso de discriminación *prima facie* que plantea Lillian Ladele e, implícitamente, también Gary McFarlane.

Aceptando estas premisas sobre la discriminación sufrida y trasladándolas como conflicto al terreno del análisis de proporcionalidad y del justo equilibrio, el TEDH está formulando o reproduciendo algunos elementos clave de una cierta manera de concebir la discriminación y el derecho antidiscriminatorio. En concreto, el Tribunal recupera (si alguna vez lo abandonó<sup>31</sup>) el marco de la “simetría” en el ámbito de la discriminación y, en consecuencia, se aleja de la concepción del derecho antidiscriminatorio como instrumento de lucha contra la subordinación<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Debido a la naturaleza no independiente del artículo 14 del Convenio, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha sido considerada, durante muchos años, una “Cenicienta sin atractivo” en el ámbito del derecho antidiscriminatorio (O’Connell 2009). Sin embargo, en los últimos años se había detectado un contenido más sustantivo en los casos relativos al artículo 14, llegándose a pensar incluso a una superación de la jurisprudencia de Luxemburgo. De hecho, hace unos años, Catharine MacKinnon se mostraba esperanzada respecto a la recepción de algunos elementos de la reconceptualización crítica del derecho antidiscriminatorio por parte del Tribunal de Estrasburgo, en particular a partir del asunto *Opuz c. Turquía* (n. 33401/02), 9 junio 2009 (Catherine MacKinnon, Ursula Hirschmann Lecture, 08/11/2010, Istituto Universitario Europeo, Fiesole).

<sup>32</sup> La reconceptualización crítica del derecho antidiscriminatorio tiene precisamente esa finalidad, que se auguraba Letizia Gianformaggio: «que finalmente se considere como violación del principio jurídico de igualdad la *opresión* más que la mera *discriminación*, o incluso la *opresión* en vez que la *discriminación*» (Gianformaggio 1995).

La idea de simetría en el ámbito del derecho antidiscriminatorio es fruto de un uso espurio del término “discriminación” que ha sido ya largamente denunciado (MacKinnon 1991; Barrère Unzueta 2008). El término “discriminación” tiene, en efecto, dos usos: una primera acepción que podríamos llamar “lógica” o “matemática”, en la cual discriminar es sinónimo de distinguir o diferenciar, y una acepción “política” en la que la discriminación es sinónimo de desigualdad motivada por el prejuicio y los estereotipos. Esta segunda acepción de la discriminación es el objeto del derecho antidiscriminatorio. El enfoque simétrico de la discriminación confunde o utiliza indistintamente ambos significados. Por ejemplo, en la sentencia que estamos examinando: la decisión del distrito de Islington de designar a Lillian Ladele, junto a todos sus compañeros, como registradora de las uniones civiles en virtud de las normas antidiscriminatorias de su política de igualdad no es más discriminatorio respecto a quien no tiene objeciones respecto a la conducta homosexual de cuanto lo sería la distinción que crea una norma anti-evasión fiscal entre evasores fiscales y quien paga los impuestos puntualmente. Estamos, por tanto, ante un caso de “discriminación entre”, discriminación en sentido lógico o matemático que significa distinción, y que constituye además la dinámica regular de las reglas.

Para poder denunciar discriminación indirecta, los demandantes tendrían que haber mostrado que una norma de apariencia neutral tenía sobre ellos un efecto diferenciado. Y aquí llegamos al segundo efecto debilitador que el conflicto de derechos en *Ladele* y *McFarlane* tiene sobre la concepción del derecho antidiscriminatorio. Las normas contestadas de *Islington* y de *Relate* son neutrales respecto a la religión (porque no utilizan el criterio de pertenencia a una (determinada) confesión religiosa para hacer distinciones de tratamiento) pero no son *neutras*<sup>33</sup> respecto a los comportamientos de rechazo, intolerancia o exclusión de los homosexuales. Al contrario, tienen precisamente la finalidad de erradicar tales comportamientos de sus respectivas organizaciones. El Tribunal (y las partes que habían propuesto el argumento) parecen confundir el controvertido requisito de la “intencionalidad discriminatoria” con la idea de que las normas antidiscriminatorias tienen una finalidad.

Al reenviar pacíficamente al margen de apreciación de los Estados un conflicto acreditado entre la pretensión de algunos, amparados por el artículo 9, de actuar, externalizar o dar efectos a

sus creencias sobre la inaceptabilidad de los homosexuales (y/o de las conductas que los caracterizan como tales) y la prohibición de discriminación, el Tribunal pone un freno al derecho antidiscriminatorio en dos modos. En primer lugar, atribuye a la prohibición de discriminación un carácter opcional. Frente a la exclusión, intolerancia o expresión de inaceptabilidad de las personas homosexuales, el TEDH parece decir que el Estado puede actuar o puede no actuar contra la discriminación, que ambas conductas son igualmente aceptable en relación con el artículo 14. En segundo lugar, 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.

---

<sup>33</sup> Frente a la discriminación contra determinados grupos, no existen comportamientos “inocentes” o “neutrales” del derecho. Es decir, la discriminación entre grupos (estructural, social, difusa, sistémica, etc.) es *también* discriminación jurídica (Barrère Unzueta 2008: 56 ss).

## 5. Bibliografía

- AFFOLTER, J., “Fighting Discrimination with Discrimination: Public Universities and the Rights of Dissenting Students”, *Ratio Juris*, 26, 2, 2013, pp. 235-61.
- ALVAREZ, S., “Constitutional Conflicts, Moral Dilemmas, and Legal Solutions”, *Ratio Juris*, 24, 1, 2011, pp. 59-74.
- BAMFORTH, N., MALIK, M., O’CINNEIDE, C., *Discrimination Law: Theory and Context*, London, Sweet & Maxwell, 2008.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A., “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45-71.
- BRIBOSIA, E., RINGELHEIM, J., RORIVE I., “Reasonable accommodation for religious minorities: A promising concept for European Antidiscrimination law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 17, 2, 2010, pp. 137-161.
- COBREROS MENDAZONA, E. “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 2007, pp. 71-114.
- FROSINI, F., “L’ambiguità del vero e il rischio della virtù. Una lettura del Principe”, en *Machiavelli: Immaginazione e contingenza*, Pisa, Edizioni ETS, 2006, pp. 31-66.
- GIANFORMAGGIO, L., *L’identità, l’eguaglianza, la somiglianza e il diritto* (1993), ahora en *Filosofía e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.
- ITZCOVICH, G. ““One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations – the *Lautsi* Case”, *Human Rights Law Review* (publicado en Advanced Access 31 enero 2013, doi:10.1093/hrlr/ngs038).
- LAWSON, A. “Reasonable accommodation and accessibility obligations: Towards a more unified European approach?”, *European Anti-discrimination Law Review*, 11, 2010, pp. 11-21.
- MACKINNON, C., “Reflexions on Sex Equality under the Law”, *The Yale Law Journal*, 100, 5, 1991, pp. 1281-1328.
- MCCREA, R., “Strasbourg Judgment in *Eweida and Others v United Kingdom*”, *UK Constitutional Law Blog* (16<sup>th</sup> January 2013), disponible en <http://ukconstitutionallaw.org>.
- MORESO, J.J., “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism”, *Ratio Juris*, 25, 1, 2012, pp. 31-46.
- MORONDO TARAMUNDI, D., “Appunti sul «Maschio, vittima innocente» nel diritto comunitario”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 94, 2, 2002, pp. 309-32.
- O’CONNELL, R., “Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR”, *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*, 29, 2, 2009, pp. 211-229.
- PINO, G., “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi”, *Etica & Politica*, 1, 2006, pp. 1-57.
- REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, pp. 251-83.
- RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 18, 2009, pp. 1-22.
- ZUCCA, L. “Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas”, en *Conflicts Between*

# CEFD

Cuadernos Electrónicos  
de Filosofía del Derecho

*Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia,  
2008, pp. 19-37.