LOS PRINCIPIOS Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO (Coordinadora)

LUCES Y SOMBRAS EN LA ARGUMENTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TEDH SOBRE EL ART. 9 DEL CONVENIO

COMENTARIO A LA PONENCIA DE LA DRA. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

María José Roca Fernández *

"Das Außerordentliche geschieht nicht auf glattem, gewöhnlichem Wege"
Goethe

* Prof. Dr. **María José Roca Fernández**, Catedrática de Derecho Eclesiástico de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Investigadora Humboldt.

I. INTRODUCCIÓN

La exposición de la ponencia que se me ha encargado comentar, está estructurada en una parte teórica y otra práctica. La primera sintetiza, de modo claro y riguroso, las tesis de Robert Alexy que inciden en la interpretación de los conflictos entre derechos fundamentales (en especial, el principio de proporcionalidad). El principio de proporcionalidad viene siendo aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el año 1967[1], como es sabido. La novedad de la aportación del profesor Alexy radica en la importancia que este principio adquiere dentro de su teoría de la optimización. La *Optimierungsthese* es una aportación original suya, seguida por una nutrida corriente doctrinal, y sintetizada por la profesora Elósegui en su ponencia, junto con otros conceptos como el "criterio del peso" o el de la "concordancia práctica". La segunda parte de la ponencia es de carácter más práctico, al exponer una síntesis de la argumentación de la sentencia del TEDH en el caso Eweida[2]. La profesora Elósegui propone la equiparación entre el principio de proporcionalidad, largamente elaborado por la jurisprudencia y la doctrina europeas, y el "acomodamiento razonable", concepto decantado y aplicado por la jurisprudencia anglosajona, y acerca del cual Elósegui ha publicado recientemente una extensa monografía[3].

La síntesis y propuestas de la ponencia precedente merecen a mi juicio una valoración positiva. Mi exposición no será una "contraponencia", consistirá en proponer algunas preguntas y reflexiones que me sugieren, por una parte, la base teórica (apartado 2) y, por otra, la concreta resolución práctica (apartado 3), para terminar con unas consideraciones acerca de la optimización dentro del juicio de proporcionalidad o del acomodamiento razonable (apartado 4) y una síntesis final (apartado 5).

---

1 La primera sentencia del TEDH que aplica el juicio de proporcionalidad es de 9-II-1967, sobre el caso lingüístico belga. MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 35, 2014, p. 14.

2 Eweida and others v. United Kingdom, 15 January, 2013, ECtHR Fourth Section, § 79, "la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los pilares de una 'sociedad democrática' dentro del sentido de la Convención".

3 ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable,* Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2013.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, ¿ES SEPARABLE DEL MARGEN DE APRECIACIÓN?

El llamado "margen de apreciación"[4] está en estrecha relación con el principio de proporcionalidad[5]. El primero tiene como fin garantizar a los Estados un ámbito de discrecionalidad en la aplicación de los niveles de protección que regula el Convenio[6], siempre y cuando se respete un estándar mínimo. El segundo se justifica para evitar cualquier injerencia de los Estados en el ejercicio de los derechos que suponga un límite injustificado o no estrictamente necesario[7]. El juicio de proporcionalidad[8] se considera que es el último paso en el proceso de decisión del TEDH. Asimismo, "la doctrina del margen de apreciación es inmanente a la lógica de la subsidiariedad"[9]. Es decir, tanto la subsidiariedad como el margen de apreciación suponen una garantía[10] para la soberanía los Estados.

"Del examen de los factores relevantes en el juicio de proporcionalidad –entre otros, la naturaleza del derecho en cuestión, el fin perseguido por

---

4 Desde el número monográfico de la revista *Human Rights Law Journal,* vol. 19, núm. 1, 30 de abril de 1998, sobre *The doctrine of the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights: its legitimacy in theory and application in practice,* se ha publicado abundante bibliografía sobre este concepto jurídico indeterminado.

5 MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional...", p. 13.

6 GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Cizur Menor, Civitas, 2010, p. 96. Una extensa recensión a esta obra puede verse en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., en *Teoría y realidad constitucional,* 28, 2011, pp. 662-670.

7 MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional...", p. 13, siguiendo a LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality,* p. 178.

8 En nuestro Derecho, sigue siendo de gran utilidad la consulta de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo,* Marcial Pons, Madrid, 2000.

9 GARCÍA ROCA, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración", en *Teoría y Realidad Constitucional,* 20, 2007, p. 121.

10 GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional nacional,* en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. / PRESNO, M. A., *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad,* Granada, Comares, 2012, p. 12.

la medida restrictiva y la existencia de un consenso en la práctica de los Estados miembros– podrá deducirse la relación existente entre el principio de proporcionalidad y el margen de apreciación. En todo caso, cuanto más intenso sea el nivel de proporcionalidad más restringido será el margen de apreciación permitido a las autoridades nacionales"[11]. En la medida en que la aplicación del principio de proporcionalidad viene a garantizar la autonomía individual, supone necesariamente una restricción del margen de apreciación de los Estados. Cuanto más importante sea considerado un derecho en una sociedad democrática tanto menor será el margen de apreciación[12] que se reconoce al Estado.

El margen de apreciación es "un límite estructural" a la aplicación del principio de proporcionalidad[13] "que permite no entrar a revisar en ciertos casos la interferencia en el derecho si el fin de la restricción es legítimo, y la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades nacionales y todo ello no resulta irrazonable a la Corte. El margen puede pues esgrimirse, bien a instancia de parte o de oficio, para reducir el alcance del control europeo en provecho de la decisión de las autoridades nacionales. Un principio de subsidiariedad que se manifiesta en ese margen y es una de sus consecuencias, pero cuyos contenidos son más amplios"[14]. Los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación

11 MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional...", pp. 14-15. En el mismo sentido, TANZARELLA, P., *Il margine di aprezzamento,* en CARTABIA, M., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee,* Il Mulino, 2007, p. 159.

12 Con referencia al Tribunal de Justicia, vid. DÍAZ CREGO M., *El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales,* en F. J. GARCÍA ROCA / P. A. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 55-77. Con referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TANZARELLA, P., *Il margine di aprezzamento...*, pp. 164-169

13 PUPPINK, G., "El caso Lautsi contra Italia", en *Ius Canonicum*, vol. 52, n. 104, 2012, pp. 691, en el contexto del derecho garantizado en el art. 9, ha escrito: "no hay razón, pues, para revisar el principio de la legítima facultad que tiene el Estado de respetar las diferencias, o de hacer diferencias de trato entre religiones y creencias según sus respectivas aportaciones a la cultura nacional".

14 GARCÍA ROCA, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional...", p. 121. FIEDLER, W., "Staat und Religion. Zweiter Beratungsgegenstand", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtslehrer*, 2000, pp. 217-218.

y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos[15].

Respecto de las restricciones de derechos, los límites impuestos por el Convenio no se pueden aplicar más que con la finalidad con que han sido previstos (art. 18)[16]. La limitación de los derechos compete, en principio, a los Estados miembros mediante sus propias leyes, porque los ciudadanos han depositado en ellos la legitimidad democrática. El margen de apreciación nacional entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una regla de decisión o de autolimitación. El Tribunal Europeo puede no enjuiciar el asunto y ratificar la decisión nacional si la solución adoptada tiene la razonable apariencia del buen Derecho: La Corte, en tales casos, no puede sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista[17]. "El Convenio Europeo no es un texto refundido que reclame la adopción de las mismas decisiones por parte de todos los Estados miembros antes bien supone singularizar unos estándares mínimos comunes. El nivel de protección de los derechos y las diversas fórmulas o variantes posibles para concretarlos distan todavía de ser homogéneos en naciones con tradiciones jurídicas y culturales tan diversas. Pero nadie se limita bien a sí mismo si no se ha asentado una división de poderes, tampoco los tribunales" [18].

15 TANZARELLA, P., *Il margine di aprezzamento...*, p. 152. GARCÍA ROCA, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional...", p. 124. En cambio, la Corte Interamericana de Derechos, no emplea en sus decisiones ese margen de apreciación nacional en favor de los Estados, cfr.: GARCÍA ROCA, J., *Prólogo* a DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones,* Trad. P. J. TENORIO SÁNCHEZ, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2010, p. 21.

16 Referido al Derecho de libertad religiosa, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., "Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 2, 2003. TORRES GUTIÉRREZ, A., *La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH),* en F. J. GARCÍA ROCA / P. SANTOLAYA MACHETTI, (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 567-589.

17 GARCÍA ROCA, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional...", p. 124. TANZARELLA, P., *Il margine di aprezzamento...*, p. 152.

18 GARCÍA ROCA, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional...", p. 125.

De la evolución jurisprudencial y de los estudios doctrinales cabe concluir que allí donde haya un margen de apreciación reconocido al Estado, no debe el TEDH entrar a enjuiciar la proporcionalidad de la medida. Este margen de apreciación nacional constituye una medida de reconocimiento de las competencias del legislador[19], y, por tanto, una garantía del principio de separación de poderes. Si la acomodación razonable es equivalente a la proporcionalidad, como sostiene la profesora Elósegui en su ponencia, habría que decir, que donde hay margen de apreciación nacional, no cabe que el TEDH sustituya la decisión del Juez *ad hoc* por la suya recurriendo a una acomodación razonable. En la medida en que la doctrina acerca del margen de apreciación está poco elaborada, hay que concluir de modo necesario que el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad, tampoco es nítido, puesto que una y otro son conceptos interdependientes entre sí.

III. EL ACOMODAMIENTO RAZONABLE, ¿ES LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

1. El acomodamiento razonable no exime al juez del cumplimiento de los criterios interpretativos de la ley dentro de su propio ordenamiento

La práctica jurídica de los acomodamientos razonables fue adoptada primero por la legislación y la jurisprudencia estadounidense[20]; más tarde, se introdujo en Canadá por vía jurisprudencial. Según esta práctica, los acomodamientos razonables exigen que "la persona que invoque una creencia o un precepto religioso debe demostrar, primero, su existencia. Eso implica que se imponga al demandante un criterio objetivo. Además, a esta verificación objetiva de la existencia del precepto invocado debería añadirse

19 En el caso de España, conviene recordar que los derechos fundamentales deben desarrollarse por ley orgánica (art. 81, 1 de la CE).

20 Fue recogida por ley en 1971 a través de una enmienda del título VII del Civil Rights del 1964. Sobre su origen y evolución, vid.: ELÓSEGUI, M., "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público", en *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. XXX, 2014, pp. 75 y ss.

otra, subjetiva, de la sinceridad de quien se acoge a él. Sin embargo, se ha comprobado que los tribunales canadienses, a semejanza de los de Estados Unidos, siempre han evitado formular una definición objetiva de la religión o pronunciarse en relación con la naturaleza de las creencias invocadas. Por lo tanto, tienden a dar más importancia al criterio subjetivo de la sinceridad de quienes desean obtener un acomodamiento"[21]. A la prevalencia del elemento subjetivo sobre el objetivo en los acomodamientos, hay que añadir que conducen a resultados diversos según se trate de limitaciones provenientes de autoridades públicas[22] o de individuos privados[23].

En la ponencia de la profesora Elósegui se sostiene que la acomodación razonable y el juicio de proporcionalidad son similares. Me parece que así es. Y precisamente por ello, en mi opinión, tal vez no tenga tan importantes consecuencias que el TEDH argumente mediante la proporcionalidad o mediante la acomodación. Ahora bien, si se afirma que con la referencia a la acomodación la Corte Europea va más allá de la habitual aplicación de la proporcionalidad, al pretender incluir un mandato de optimización en el juicio de proporcionalidad –como se expone en la doctrina del profesor Alexy–, estimo que hay que ser más cautelosos. Dentro de los límites de este trabajo no es posible entrar en una discusión de la teoría

21 WOEHRLING, J., "La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable, y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el Derecho canadiense", en *Revista catalana de dret públic*, n. 33, 2006, pp. 13-14.

22 WOEHRLING, J., "La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable...", p. 19, "cuando se trata de conductas o manifestaciones cuya iniciativa ha sido tomada por las autoridades públicas, deben someterse al principio de neutralidad religiosa del Estado y al respeto del derecho al libre ejercicio negativo de los individuos, es decir, a su derecho de no sufrir ninguna presión o coerción a la conformidad religiosa, así como la obligación del Estado de no hacer discriminaciones religiosas, directas o indirectas. Esta libertad religiosa negativa de los individuos se interpretó de forma más bien estricta por parte de los tribunales canadienses, aunque en general las conductas o las manifestaciones religiosas en las que las autoridades públicas podrían tomar la iniciativa están prohibidas, o al menos estrechamente circunscritas, en la medida, precisamente, en que se consideran susceptibles de ejercer una presión inaceptable sobre los individuos y ser discriminatorias, también, al privilegiar determinadas religiones".

23 WOEHRLING, J., "La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable", p. 19, "cuando se trata de conductas o manifestaciones por iniciativa de los individuos, dependen del derecho al libre ejercicio positivo, es decir, de su derecho a manifestar sus convicciones religiosas a través de prácticas y de su derecho a no sufrir discriminaciones religiosas directas o indirectas por ese motivo".

de Alexy. Esto ya lo ha hecho la propia doctrina alemana[24]. Comparto los argumentos de quienes estiman que la interpretación de la Constitución para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, está sometida a las mismas reglas metodológicas que obligan al juez en la aplicación de toda la Constitución[25]. Sin olvidar, que en España el art. 10.2 de la Constitución impone una norma de interpretación de los derechos fundamentales: "se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

La recepción del concepto de "acomodación razonable" por parte del TEDH se hace mediante el recurso a la jurisprudencia extranjera. Hay que tener en cuenta que la invocación a la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana (que no es la primera vez que se hace[26]), aun gozando de buena acogida en la doctrina[27], requiere una mayor reflexión en cuanto a las consecuencias a las que puede conducir. La fundamentación en jurisprudencia extranjera por parte del TEDH, no siempre ha supuesto la acogida en su conjunto de la Sentencia americana en la que se apoya el fallo de la europea. Por ello, resulta necesaria una reflexión metodológica que, aun estando abierta al diálogo entre tribunales[28], establezca algunos

24 HAIN, KARL-E., *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu* art. *79 Abs. 3 GG,* Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, pp. 114-130. Una exposición crítica de la teoría de Alexy, puede verse dentro de esta obra en el capítulo de la autoría de R. Poscher.

25 STARCK, C., *Maximen der Verfassungauslegung,* en ISENSEE J. / KIRCHHOF, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., C. F. Müller, Berlin, 2014, § 271, Nr. 34, pone de manifiesto que no cabe una elección libre del método interpretativo de la Constitución.

26 Así, por ejemplo, en el asunto *Vergos contra Grecia,* Sentencia (Sección 1.ª) de 24 de junio (TEDH 2004/44) el Tribunal trae a colación la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre las normas aparentemente neutrales, y la libertad religiosa. Cita, en concreto, las siguientes sentencias: *División laboral. Departamento de recursos humanos contra Smith* 494 U.S. 872 (1990); *Estados Unidos contra Lee,* 455 U.S. 252 (1982); *Braunfeld contra Brown,* 366 U. S. 599 (1961).

27 RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La protección de los lugares de culto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* en "Derecho y religión", n. 9, 2014, pp. 85-100.

28 DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales....*, nos parece que el título de esta monografía es muy significativo. Cfr. también: GARCÍA ROCA, J., "El diálogo entre el Tribunal europeo de Derechos humanos y los Tribunales constitucionales en la Construcción de un orden público europeo", en *Teoría y Realidad Constitucional,* n. 30, 2012, pp. 183 y ss.

criterios que impidan que esta *jurisdictional cross fertilization* pueda convertirse en el recurso a criterios subjetivos por los jueces en detrimento de reglas objetivas y previsibles.

Ciertamente, la referencia a jurisprudencia de otros altos tribunales que no están en el mismo orden jurisdiccional del tribunal que emite una determinada decisión, es un fenómeno que no se reduce al TEDH. También los Tribunales supremos o constitucionales americanos[29] reconocen la relevancia de fuentes extranjeras en sus sentencias[30]. Entre los casos más relevantes que conocemos cabe citar: Atkins v. Virginia (2002)[31], en este caso, la Corte decidió no aplicar la pena de muerte atendiendo a que en la Comunidad mundial ningún Derecho de los pueblos civilizados, aplica la pena de muerte cuando el delincuente tiene un retraso mental. En el caso Lawrence v. Texas (2003)[32], el fallo (que rechaza la criminalización de la actividad sexual consentida entre adultos) se fundamenta en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto[33].

Conviene reconocer los efectos positivos que este fenómeno (*jurisdictional cross fertilization)* ha supuesto para las garantías de los derechos fundamentales, y admitir que tal vez sea no ya inevitable, sino incluso deseable. Sin embargo, ello no obsta para anotar la conveniencia de arbitrar algún criterio metodológico, que impida la utilización de la doctrina jurisprudencial de otros tribunales "a la carta". La arbitrariedad en el método conduciría inevitablemente a que las decisiones del TEDH perdieran aceptación.

---

29 Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú, para la resolución de un caso relativo a la apostasía fundamentó su fallo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. La referencia de la Sentencia es: EXP. N.° 00928-2011-PA/TC, accesible en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00928-2011-AA.html. Consulta del 3 de mayo de 2015.

30 En la doctrina alemana, analiza la tendencia hacia la internacionalización en la interpretación del derecho de libertad religiosa, FIEDLER, W., *Staat und Religion...*, pp. 200-206.

31 536 U.S. 304 (2002).

32 539 U. S. 558 (2003).

33 FINE, T.M., "American Courts and Foreign Law: The new Debate", en 31 *DAJV Newsletter*, 107, 2006, pp. 107-113.

2. El acomodamiento razonable y el margen de discrecionalidad de los Estados

La acomodación razonable supone que si el derecho en cuestión (en este caso el de libertad religiosa) entra en conflicto con normas legislativas o reglamentarias neutras (es decir, cuyo objeto –o cuyos efectos– no es promover o prohibir una creencia o una práctica religiosa), las autoridades públicas se ven obligadas a proporcionar acomodamiento o adaptación, excepto cuando el acomodamiento o la adaptación en cuestión acarrease una carga excesiva.

El resultado práctico de las acomodaciones en Canadá[34] es el siguiente. Por una parte, la aplicación de la neutralidad del Estado produjo en Ontario el resultado de excluir a las religiones mayoritarias del espacio público (el Tribunal de Apelación de Ontario prohibió la oración y la enseñanza confesional cristiana). Por otra, al proporcionar acomodamientos a las religiones minoritarias en las escuelas, se les autoriza para llevar sus propios símbolos religiosos (por ejemplo: *kirpan* o *hijab*). Así, quienes después de haber solicitado la abolición de las prácticas mayoritarias (aun cuando tenían la posibilidad de ausentarse) invocando la libertad negativa, y el principio de neutralidad, apelan después a su libertad positiva para obtener la autorización de sus propias prácticas. Todo ello es legítimo y posible, e incluso quizá conveniente para la mejor integración e inclusión social de las minorías, pero en mi opinión no es competencia de los jueces, sino de quienes en cada orden tengan representación democrática (el legislador estatal o autonómico, el municipio, el consejo escolar, etc.), según la decisión de que se trate.

En la justificación misma de la acomodación razonable –la inclusión de las minorías[35]– se contiene un legítimo principio de política, que corresponde

34 González-Varas Ibáñez, A., "Simbología y prácticas religiosas en los espacios públicos en Canadá", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010.

35 Woehrling, J., "La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable...", p. 22, "la política de acomodamiento tiene el objetivo principal de favorecer la inclusión de las minorías y de los inmigrantes en la sociedad de acogida, sobre todo permitiéndoles sustraerse de las normas que impliquen una discriminación directa o indirecta para ellos. La política del acomodamiento y del pluralismo se basa en que el reconocimiento de la diferencia y las adaptaciones consenti-

decidir al legislador o al ejecutivo, poderes que son resultado de las elecciones democráticas. A los jueces, en cambio, les corresponde la aplicación de la ley y el Derecho. La posibilidad de exenciones o dispensas, o de una interpretación equitativa o analógica de las normas generales es siempre posible de acuerdo con las reglas largamente elaboradas por la metodología jurídica. Sus reglas ofrecen más seguridad jurídica que conceptos abstractos y creativos, sobre todo en la medida en que se los sitúe por encima y al margen de las reglas interpretativas. El peligro es aún mayor, si se considera que el juez cuando dicta una sentencia adopta la única solución correcta.

IV. LA OPTIMIZACIÓN DENTRO DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD O DEL ACOMODAMIENTO RAZONABLE

Según la fundamentación de la tesis de la optimización de Alexy, un rasgo que lleva consigo de modo inherente la naturaleza de los principios es que contienen un mandato de optimización[36]. La particularidad de los principios consistiría en que tienen la propiedad de poseer carácter normativo. Esta propiedad se demuestra en la medida en que los principios obligan, prohíben o permiten algo, que se puede cumplir de un modo más o menos intenso[37]. Los conflictos entre Derechos fundamentales son radicalmente distintos a las antinomias o contradicciones normativas clásicas, a juicio de Alexy. Este deber de alcanzar en la resolución de los conflictos entre derechos fundamentales la solución óptima, supone, lógicamente que sólo hay

---

das a la minoría facilitarán, a medio y a largo plazo, su integración armoniosa en la sociedad, incluso si, a corto plazo, esas políticas pueden tener el efecto de subrayar, incluso de exagerar, determinadas características y comportamientos particulares de esos grupos".

36 En lugar de mandatos de optimización podríamos hablar también de un "deber ser ideal", o de ideal, simplemente.

37 ALEXY, R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie,* Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1995, p. 202. Conocemos que el propio Alexy, en diálogo con sus críticos, ha revisado algunos aspectos de su teoría. Para conocer con más detalle ese diálogo, remitimos dentro de esta obra a la ponencia de Poscher.

una solución correcta[38]. Y que esa solución está ya ínsita en la proclamación de los derechos fundamentales, y en la adecuada valoración de los hechos.

Esta sugerente elaboración teórica, que sustrae a los derechos fundamentales de las reglas de interpretación que imperan en el resto del ordenamiento jurídico, no está exenta de riesgos. Si se acepta la tesis del mandato de optimización, se corre el riesgo de sustraer a la competencia del legislador un margen de decisión en el desarrollo de los derechos. A mi juicio, en el Derecho español la tesis de la optimización de los derechos fundamentales, encuentra una dificultad añadida a las que encuentra en el Derecho alemán, ya que éste no cuenta con la categoría de las leyes orgánicas. En nuestra Constitución, como es sabido, los derechos fundamentales deben desarrollarse mediante ley orgánica (art. 81.1). Esa remisión de la Constitución al ulterior desarrollo mediante ley orgánica, y a la reserva de ley (art. 53.1[39]), supone una toma de postura en cuanto a que no todas las facultades que el ejercicio de cada derecho fundamental lleva consigo están ya ínsitas en la propia Constitución. Si cada derecho fundamental debiera ser optimizado por el juez en caso de conflicto, ¿dónde quedaría (o para qué sería necesaria) la competencia del legislador para desarrollar mediante ley la regulación de su ejercicio (respetando siempre su núcleo esencial)?

Resulta difícil considerar que la jurisprudencia del TEDH ha asumido la tesis de la optimización mediante el recurso a la acomodación razonable que se hace en la sentencia del caso Eweida. Como se ha recordado en el apartado 2, el Tribunal ha mantenido la necesidad de reconocer a los Estados un margen de apreciación[40]. Pero incluso cuando los Estados no gocen de ese margen de apreciación, y la Corte Europea aplique el principio de proporcionalidad, ello no presupone que haya una única solución correcta (la

38 HERBST, T., "Die These der einzig richtigen Entscheidung. Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien Ronald Dworkin und Jürgen Habermas", en *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 891 y ss.

39 Art. %3, 1 de la CE: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)".

40 Como tarde, desde la decisión *Handyside v. U. K.*, de 7-XII-1976, vid.: FIEDLER, W., *Staat und Religion...*, p. 217.

óptima) en la resolución de un conflicto, y menos aún que esa única solución correcta sea objetiva[41]. Conviene recordar que para que el contenido de un derecho deje de estar dentro del margen de apreciación nacional y pase a integrar el ámbito sometido al principio de proporcionalidad por parte de la Corte, es decisivo el consenso de los Estados[42]. En mi opinión, un mandato de optimización de carácter imperativo y derivado de la naturaleza de "principios" que se le atribuye a los derechos fundamentales, difícilmente podría depender del consenso entre los Estados.

El papel del juez, su conocimiento y entendimiento previo del texto, junto con el del legislador, es de gran relevancia para el Derecho. Pero el círculo hermenéutico no está exento de reglas que tratan de objetivar la decisión del juez, y restringir al máximo, dentro de lo posible, que se introduzcan en la decisión valoraciones subjetivas. La jurisprudencia está vinculada a la ley y al Derecho, según la Ley Fundamental (*„an Gesetz und Recht gebunden"* art. 20 Abs. 3 GG), y también según la Constitución española (el art. 117.1 declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley). En la interpretación de las leyes, la jurisprudencia no debe extralimitar sus competencias en detrimento del legislador. Ello supondría, eventualmente, una quiebra del principio de separación de poderes[43], aun cuando se reconozca a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho[44]. En gran medida, el avance de la metodología jurídica ha sido posible, o

41 HERBST, T., "Die These der einzig richtigen Entscheidung...", pp. 891 y ss. Sostiene el carácter subjetivo de la "única decisión correcta", en el sentido de que el juez debe siempre argumentar "como si existiera esa única solución correcta", así entendida la tesis de la única solución correcta, nos parece admisible. Ahora bien, conviene ponderar que toda decisión que integre elementos subjetivos, ya no es única, porque si el juez hubiera sido otro, habría integrado otros elementos subjetivos, y, por tanto, la decisión correcta sería otra.

42 TANZARELLA, P., *Il margine di aprezzamento,* en CARTABIA, M., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee,* Il Mulino, 2007, pp. 169-175. PUPPINK, G., "El caso Lautsi contra Italia...", p. 699, ha señalado que en materia del derecho garantizado en el art. 9 solo hay consenso en cuanto a la diferenciación de los órdenes político y religioso, no sobre la separación entre uno y otro.

43 GARCÍA ROCA, F. J., *Del principio de la división de poderes,* en R. MORODO LEONCIO / P. DE VEGA GARCÍA, (coord.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú,* Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, vol. 2, 2001, pp. 1087-1128.

44 RÜTHERS, B., "Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?", en *Juristen Zeitung,* 2002, pp. 365 y ss.

ha tenido como meta, la reducción al mínimo del ámbito de discrecionalidad de la Administración pública, y evitar la utilización de criterios subjetivos por parte del juez. En cambio, ahora parece abrirse camino la tendencia contraria. La expresión más extrema de esta tendencia sería el llamado "activismo judicial"[45]. Tanto el activismo judicial como la tesis de la optimización otorgan un protagonismo a los jueces que va más allá de las competencias que la Constitución le atribuye al poder judicial.

En atención a la interdependencia entre principio de proporcionalidad y margen de apreciación, habrá de considerarse que donde hay un margen de apreciación de los Estados no podrán aplicarse acomodaciones razonables. Si estamos dentro del ámbito de protección del Convenio, por verse afectado el art. 9, habrá de aplicarse el principio de proporcionalidad. Si en aplicación de este principio se considera útil el recurso a la jurisprudencia extranjera de los acomodamientos razonables, el TEDH podrá hacerlo, siempre que sea posible integrarla dentro de los instrumentos procesales, los conceptos interpretativos y las reglas metodológicas que son propias de su jurisdicción. Son éstas las que permiten a las partes hacer previsible su decisión y garantizan la seguridad jurídica.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo que se refiere a la sentencia en el caso Eweida c. Reino Unido, estimo que quizá deba considerarse como "cosa interpretada"[46], en relación con el art. 9 del Convenio, que –en principio– los trabajadores pueden manifestar su religión o creencias en el ámbito laboral, y que la existencia de un contrato de trabajo libremente asumido no supone la renuncia al ejercicio de este derecho fundamental en el ámbito laboral en todos los casos. Cuándo prevalecerá el interés del empresario y cuándo

45 Prieto Sanchis, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001, pp. 201-228.

46 Queralt Jiménez, A., "Los usos del canon europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, p. 445, "el efecto de cosa interpretada que deriva de las sentencias del TEDH alcanza así tanto a los intérpretes internos del CEDH como a los aplicadores de catálogos constitucionales de derechos fundamentales".

el del trabajador, dependerá del juicio de proporcionalidad en cada caso. Ésta quizá sea la aportación más importante del caso, que deja abiertas otras cuestiones (p. ej.: qué se entiende por manifestación de fe, o en qué medida los Estados pueden seguir aduciendo o no la regla de la situación específica)[47]. Me adhiero a la opinión de la profesora Elósegui, que considera equivalentes el juicio de proporcionalidad y el acomodamiento razonable, en la medida en que los resultados prácticos son similares. En ambos casos (acomodamiento y proporcionalidad) se da una distinción entre ámbito público (es decir, cuando el causante de la restricción de un derecho fundamental es un poder público) y ámbito privado (cuando la eventual limitación de un derecho fundamental procede de un tercero).

En lo atinente a los planteamientos teóricos expuestos por el profesor Alexy, y desarrollados por la doctrina que lo sigue, resulta admirable su elevado nivel de abstracción. Por ello, son fácilmente aplicables a otros ordenamientos jurídicos distintos de aquel en el que han surgido (el Derecho alemán), para aplicarse a la interpretación de los Derechos fundamentales proclamados en el ámbito de otro Estado o de una jurisdicción supranacional, como la del TEDH. Ahora bien, ese atractivo, no debe inducir a perder de vista los peligros que encierra esta teoría. Sostener que en los conflictos sobre derechos fundamentales existe una única solución correcta (la que se siga de la optimización), conduce a otorgar un excesivo poder a los jueces, en detrimento del legislador. Conviene recordar que el legislador tiene la legitimación democrática derivada directamente de los ciudadanos y el poder judicial la tiene solo de modo indirecto, precisamente en virtud de su respeto debido a la ley. Además, en el sistema europeo, donde no existe –como en el anglosajón– la vinculación al precedente, una determinada decisión judicial no ofrece a los justiciables la garantía de un pronunciamiento ulterior en el mismo sentido. Por ello, la relevancia decisiva que la tesis de la optimización atribuye a los jueces sin el contrapeso

47 HALL, H. / GARCÍA OLIVA, J., "Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el Derecho Británico", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 32, 2013, p. 13. Véase también, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., "Objeción de conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013. PÉREZ-MADRID, F., "Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013.

del legislador, y sin vinculación al precedente, podría poner en riesgo la seguridad jurídica, al hacer las decisiones judiciales poco previsibles. La teoría alexiana no llega a ser el bálsamo de Fierabrás[48] que, como se sabe, permitía curar todas las heridas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

— ALEXY, R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie,* Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1995,

— DÍAZ CREGO M., *El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales,* en F. J. GARCÍA ROCA / P. A. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 55-77.

— ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable,* Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2013.

— ELÓSEGUI, M., "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público", en *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. XXX, 2014, pp. 69-96.

48 "Bálsamo de Fierabrás, que con sólo una gota se ahorraran tiempo y medicinas. ¿Qué redoma y qué bálsamo es ese? dijo Sancho Panza. De un bálsamo, respondió Don Quijote, de quien tengo la receta en la memoria, con el cual no hay que tener temor a la muerte, ni hay que pensar morir de ferida alguna; y así, cuando yo le haga y te le dé, no tienes más que hacer sino que cuando vieres que en alguna batalla me han partido por medio del cuerpo, como muchas veces suele acontecer, bonitamente la parte del cuerpo que hubiere caído en el suelo, y con mucha sutileza, antes que la sangre se hiele, la pondrás sobre la otra mitad que quedare en la silla, advirtiendo de encajallo igualmente y al justo. Luego me darás a beber solos dos tragos del bálsamo que he dicho, y verásme quedar más sano que una manzana". (D. Quijote, Capítulo X)

— FIEDLER, W., "Staat und Religion. Zweiter Beratungsgegenstand", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtslehrer*, 2000, pp. 200-230.

— FINE, T.M., "American Courts and Foreign Law: The new Debate", en 31 *DAJV Newsletter,* 107, 2006, pp. 107-113.

— GARCÍA ROCA, F. J., *Del principio de la división de poderes,* en R. MORODO LEONCIO / P. DE VEGA GARCÍA, (coord.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú,* Madrid, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Vol. 2, 2001, pp. 1087-1128.

— GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Cizur Menor, Civitas, 2010.

— GARCÍA ROCA, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración", en *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 20, 2007, pp. 117-143.

— GARCÍA ROCA, J., "El diálogo entre el Tribunal europeo de Derechos humanos y los Tribunales constitucionales en la Construcción de un orden público europeo", en *Teoría y Realidad Constitucional,* n. 30, 2012, pp. 183 y ss.

— GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., "Simbología y prácticas religiosas en los espacios públicos en Canadá", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010.

— GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., "Objeción de conciencia Objeción de conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado,* 32, 2013.

— GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., "Recensión" a GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo*

de Derechos Humanos: soberanía e integración, Cizur Menor, Civitas, 2010, en *Teoría y realidad constitucional*, 28, 2011, pp. 662-670.

— GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional nacional*, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. / PRESNO, M. A., *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada, Comares, 2012, pp. 3-24.

— HAIN, KARL-E., *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999.

— HALL, H. / GARCÍA OLIVA, J., "Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el Derecho Británico", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 32, 2013.

— HILL, M., "Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 32, 2013.

— MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 35, 2014.

— MARTÍNEZ-TORRÓN, J., "Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2, 2003.

— PÉREZ-MADRID, F., "Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013.

— PRIETO SANCHIS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 5, 2001, pp. 201-228.

— PUPPINK, G., "El caso Lautsi contra Italia", en *Ius Canonicum,* vol. 52, n. 104, 2012, pp. 685-733.

— QUERALT JIMÉNEZ, A., "Los usos del canon europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional,* 20, 2007, pp. 435-470.

— RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo,* Marcial Pons, Madrid, 2000.

— RÜTHERS, B., "Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?", en *Juristen Zeitung,* 2002, pp. 365 y ss.

— TANZARELLA, P., *Il margine di apprezzzamento,* en M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo die diritti fondamentali nelle Corti europee,* Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 145-181.

— TORRES GUTIÉRREZ, A., *La libertad de pensamiento, conciencia y religión, La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH),* en F. J. GARCÍA ROCA / P. SANTOLAYA MACHETTI, (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 567-589.

— WOEHRLING, J., "La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable, y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el Derecho canadiense", en *Revista catalana de dret públic,* n. 33, 2006, accesible en file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/Mis%20documentos/Downloads/200611woehrling_es.pdf [Consulta del 19-III-2014].