

PRESUNTAS FOBIAS COMO ATENTADO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

ANDRÉS OLLERO TASSARA*

El análisis del problema exige partir de la relación entre la *justicia*, como virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo, sin negarle derecho alguno, y la *tolerancia*, como actitud benevolente y generosa que lleva a dar a otro algo a lo que no tiene en justicia derecho.

En el marco de ese dualismo surge una gama de posibilidades, que permite diferenciar hasta cuatro situaciones jurídicas bien diversas.

1. Hay conductas que no sólo se estiman moralmente rechazables. Su negativa repercusión social les lleva a ser consideradas merecedoras de particular reproche. De ahí que, aun asumiendo el principio de mínima intervención penal, se las llegue a criminalizar, tipificándolas como *delito*.

Así ocurría hace decenios en el ordenamiento jurídico español con las relaciones homosexuales, aunque se llevaran a cabo sin relevancia pública. En 1984 encontramos aún una condena por «delito contra el honor militar», como consecuencia de «relaciones homosexuales, consentidas» entre dos soldados, «ocurridas de noche, fuera del servicio, en los recintos del acuartelamiento, y en zona totalmente apartada», que «fueron conocidas por la Autoridad Judicial Militar, a través de la confesión del actor, en circunstancias que se desconocen». Se cuestionó ante el Tribunal Constitucional el precepto del Código de Justicia Militar que las incriminaba, «por realizar una discriminación en razón al sexo, al no castigar como delito los iguales actos realizados con individuos de sexo diferente». Resulta significativo que se alega una desigualdad de trato por orientación sexual, sin entrar en el debate de si la relación en sí afectaría o no al honor militar. El Ministerio Fiscal parece argumentar todavía en esta segunda dirección, al apuntar que son «distintas ambas relaciones en su contenido y finalidad, no siendo asimilables ni comparables entre sí». El Tribunal Constitucional mostró, en todo caso, buen cuidado de no entrar en la cuestión, otorgando amparo al recurrente por una vulneración de orden procesal (posible acceso a la casación), al estimar que debía «considerarse prevalente» su examen. Por lo demás opta por «denegar el recurso de amparo, en cuanto a lo que anteriormente no se haya dispuesto, sin perjuicio de la posible reproducción posterior, en su caso, de la segunda preten-

* Catedrático a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

sión no examinada»; o sea, que sólo se pronunciará al respecto cuando no tenga más remedio...¹.

La incriminación sigue en vigor en algunos Estados, dentro también del ámbito de la cultura occidental. No faltará quien sugiera, por ejemplo, la necesidad de plantear, en aras de la «ecología moral», incluso la prohibición jurídica de algún «vicio sexual no-comercial», como la fornicación o el adulterio; al entender que no existe «un principio estricto de justicia» que obligue a descartarla².

2. Planteamientos diversos sobre el alcance del *mínimo ético* que el derecho debe garantizar en la vida social llevarán a que esa misma conducta pueda verse, en aras de la tolerancia, despenalizada. Ello no significa que se la considere valiosa. La *tolerancia* se ejerce, por el contrario, hacia planteamientos considerados erróneos o respecto a conductas merecedoras de rechazo³. En ambos casos, será la dignidad subjetiva de quien emite esos juicios o protagoniza esas conductas lo que invite a mitigar en el ámbito jurídico, generosamente, el rechazo que objetivamente siguen mereciendo en el plano moral.

Al no considerarse que dicha conducta resulte particularmente valiosa, no llegará a verse reconocida como título para exigir en *justicia* el amparo y protección del ordenamiento jurídico: no habrá en realidad *derecho* a realizarla. Esta realidad tiende a olvidarse en el marco de un difundido individualismo, que lleva a entender que quedamos automáticamente convertidos en titulares de un *derecho a realizar todo lo no prohibido*. Este planteamiento se vio desmentido por el Tribunal Constitucional español, al abordar la posible existencia de un *derecho a la muerte* descartándolo, al menos para los reclusos en huelga de hambre⁴.

La ausencia de prohibición jurídica de una conducta se limita, por sí sola, a dejar abierto un ámbito de *agere licere*: permite un comportamiento no jurídicamente ilícito (sea cual sea el juicio moral que merezca) y lo mantiene libre de la intervención de los poderes públicos, en la medida en que no afecte negativamente a terceros. Queda tal permisividad muy lejos, sin embargo, de poder convertirse en fuente de exigencias jurídicas positivas, para la promoción o garantía de dicha conducta.

Este ha sido el tratamiento recibido no pocas veces, en un marco de tolerancia, por las llamadas *parejas de hecho*. A nadie ha podido extrañar por ello que en

¹ STC 33/1985 de 7 de marzo, A. 1 d, F. 1 y fallo.

² R.P. GEORGE, *Para hacer mejores a los hombres: libertades civiles y moralidad pública*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2002, p. 208.

³ De ello nos hemos ocupado en “Tolerancia y verdad”, en *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Eunsa, Pamplona 2005, pp. 71-112.

⁴ Tuvimos ocasión de estudiar las STC 120/1990, 137/1990 y 11/1991 en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2006, pp. 10 y ss.

un ordenamiento jurídico se le conceda al matrimonio un *favor iuris* del que ellas no llegan a disfrutar. No se considera que esto implique *discriminación* alguna, al apreciarse la existencia de *fundamento objetivo y razonable*⁵ para justificar esa desigualdad de trato.

Así lo ha puesto de relieve también la jurisprudencia constitucional española, considerando admisibles «medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales». Tras considerar «claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes», recuerda que «el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional», mientras que «nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento»⁶.

Esa misma convicción de que existen elementos éticos *objetivos*, cuya posibilidad de captación racional los convierte en *razonables*, lleva a convertir el *interés del menor* en elemento decisivo a la hora de tramitar una posible *adopción*. Se entiende, en aras de esos elementos objetivos, que el menor necesita integrarse en una familia, con el consiguiente referente paterno y materno. Sin embargo, ese mismo interés del menor lleva a considerar que, aun faltando alguno de esos puntos de referencia, podría estar en mejor situación que abandonado o recluido en una institución pública sin referente familiar alguno. De ahí que en más de un país, junto a la planteada por un matrimonio, no se rechace subsidiariamente la posibilidad de adopción por personas solteras. El implícito rechazo de la relaciones homosexuales, llevaba a no contemplar expresamente en la norma la eventualidad de que el adoptante tuviera tal orientación sexual, o incluso la practicara conviviendo de modo estable con su pareja. Se pensaba que, en el marco de tolerancia aludido, nada impediría descartarlo durante la tramitación de la solicitud, al no existir – como veremos – un derecho a adoptar.

Es aquí cuando entran en juego dos elementos que acabarán modificando radicalmente el panorama.

⁵ Se alude a este concepto de discriminación repetidamente en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) a las que también haremos posterior referencia: *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, de 21.XII.1999, 26, 29 y 33; *Fretté c. Francia*, de 26.II.2002, 34, 35, 39 y 43; *E.B. c. Francia*, de 22.I.2008, 57, 70 y 91.

⁶ Siempre que «con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*», pero apuntando que «el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la Ley no le reconozca una pensión de viudedad», STC 184/1990, de 1 de noviembre, F. 2 y 3.

Suscribiendo un implícito *relativismo* ético, se considera mero capricho represivo la habitual vinculación de la tolerancia con el error o la conducta rechazable. Con la pretensión de superar esa estrechez, frecuentemente atribuida a prejuicios confesionales de raíz cristiana, se pasa a identificar la tolerancia con una *ampliación de derechos*, eliminando así su frontera con la justicia. De acuerdo con el *buenismo* resultante, ser tolerante exige asumir que, como ha quedado castizamente consagrado en español, «todo el mundo es bueno»; haga lo que haga. Tendrá, por supuesto, derecho a todo lo no prohibido, pero incluso tendrá también derecho a que no se le prohíba nada⁷, salvo prueba manifiesta de que ello produzca perjuicio directo a terceros.

Ese marco relativista favorece, por otra parte, la pleamar de un notable impacto individualista, que descoyunta, en aras de una tolerancia militante, las coordenadas propias de la justicia. Ésta se venía considerando como el fruto de un proporcionado ajustamiento de libertad e igualdad; lo que ahora entra en juego es una *reivindicación libertaria*, que enarbola paradójicamente como argumento la *igualdad*, entendida como no discriminación. Su avance resultará fácil, ya que, si nada puede considerarse *razonablemente objetivo*, ninguna desigualdad de trato será admisible, al quedar por definición privada de *fundamento*.

La tolerancia buenista no se ocupa ya de nada falso o rechazable, sino que se siente llamada más bien a liberar de estigmas de error o rechazo ético a cualquier conducta cuya dimensión dañosa no se haya empíricamente demostrado⁸. Surgirá así la denuncia de discriminación al negarse la posibilidad de adoptar a un soltero homosexual, o a una lesbiana que convive establemente en pareja con otra, aunque ésta – sin oponerse a la adopción – no oculte su nulo interés al respecto.

En el primer caso, el tribunal de Estrasburgo argumentará, con no poco esfuerzo, que la orientación homosexual del solicitante no ha servido de fundamento a la negativa a su solicitud de adopción⁹. En el segundo, seis años después, se pone de relieve un llamativo *favor iuris* que tiende a expandir la protección de la

⁷ Este planteamiento “buenista” lo hemos abordado en “El derecho a lo torcido”, en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, UNAM, México 2007, pp. 63-72.

⁸ Las referencias, en las resoluciones del TEDH que venimos comentando, a la falta de unanimidad científica sobre los perjuicios que pueden derivar para un menor de su adopción por quienes practican la homosexualidad son frecuentes: caso *Fretté c. Francia*, 33 y 42; caso *E.B. c. Francia*, 58, 66 y 70.

⁹ Cf. TEDH caso *Fretté c. Francia*, 41 y 43, se constata que «le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d’appréciation aux autorités de chaque Etat» y «la justification avancée par le Gouvernement paraît objective et raisonnable et la différence de traitement litigieuse n’est pas discriminatoire»; todo ello por cuatro votos contra tres.

homosexualidad, hasta dar paso a un juicio de intenciones¹⁰ que dé por sentada la existencia de discriminación.

Sin duda echar en falta la existencia para el menor de un cercano punto de referencia parental, cuando la ley permite adoptar a una soltera, no deja de resultar paradójico. Parece obvio que la ley, más que ignorar el supuesto y derivarlo hacia vías de hecho, debería haber abordado la cuestión, aunque comenzara ya a no considerarse políticamente correcta. A la vez, es fácil imaginar que nadie se habría escandalizado si – habiendo solicitado una adopción – se le hubiera negado a un casado, por mostrarse su cónyuge poco entusiasta al respecto. Ahora, sin embargo, este dato se convierte en irrelevante¹¹, mientras se considera que el intento de apoyarse en él, para argumentar en interés del menor, estaría en realidad “contaminado”¹² por un implícito rechazo a la homosexualidad de la solicitante.

La conducta rechazada (más que la persona presuntamente rechazada, con quien se la identifica) se convierte, por el mero hecho de serlo, en *bien jurídico*, lo que dará paso de inmediato a reconocer la existencia de un *derecho* a realizarla. Tolerancia y ampliación de derechos se acaban dando la mano. Esto nos lleva a abordar una tercera situación.

3. Cabrá pues estimar que la conducta en otro tiempo rechazada es ahora tan legítima como para merecer que el ordenamiento jurídico la garantice y proteja, por constituir en sí misma un relevante bien jurídico. Se vería en consecuencia reconocida como *derecho* individual.

¹⁰ El juez Zupancic, en su voto discrepante del caso *E.B. c. Francia*, preferiría que la mayoría dejara claro si «des autorités administratives françaises ont systématiquement une attitude discriminatoire envers les lesbiennes désireuses d’adopter un enfant».

¹¹ El juez Loucaides hace notar, en su voto discrepante sobre el caso *E.B. c. Francia*, que esta objeción la mayoría «ne le conteste pas vraiment». La magistrada Mularoni, por su parte, además de cuestionar la pretendida diferencia entre este caso y los anteriores, Salgueiro da Silva Mouta y Fretté, considera que «l’approche suivie dans l’arrêt Fretté a eu comme conséquence pratique que les requêtes concernant les phases préliminaires à l’adoption d’un enfant introduites par des homosexuels invoquant l’article 14 en combinaison avec l’article 8, peuvent être déclarées recevables, tandis que celles introduites par des hétérosexuels invoquant le seul article 8 doivent être rejetées pour incompatibilité ratione materiae avec les dispositions de la Convention».

¹² «Le caractère illégitime de l’un des motifs a pour effet de contaminer l’ensemble de la décision», según el TEDH en el caso *E.B. c. Francia*, 80, con el apoyo de diez votos contra siete. Discrepan de esa teoría de la contaminación tanto el juez Loucaides como sus colegas Zupancic y Mularoni en sus votos discrepantes, compartiendo la última la opinión del primero de que «si une décision est fondée sur plusieurs motifs, il suffit qu’un seul de ces motifs soit valable pour que l’on accepte la validité».

La situación volverá a mostrarse paradójica. En los contenciosos planteados ante el tribunal de Estrasburgo todos están de acuerdo en que no existe propiamente un derecho a adoptar¹³. Habrá incluso un magistrado que resalte la diferencia entre los auténticos *derechos* y lo que califica como meros *privilegios*: aspirar a recibir una condecoración, por ejemplo¹⁴. Se trata de un punto de vista suscrito también en cierta medida por el Tribunal Constitucional español, al considerar no discriminatorio el llamado *principio de varonía*, que privilegia a los hombres respecto a las mujeres a la hora de acceder a títulos nobiliarios; con explícito eco en el mismo texto constitucional, al tratar la sucesión en la titularidad de la Corona. Uno de los argumentos esgrimidos por los magistrados de la mayoría es que no cabe discriminación alguna respecto a algo sin particular valor; basta por tanto considerar a los títulos aristocráticos como mero residuo histórico, entre absurdo y cómico, para que la desigualdad de trato resulte irrelevante.

La argumentación parece sin embargo poco convincente, salvo que se plantee un razonable debate sobre qué exigencias tienen o no fundamento objetivo. En caso contrario, se acabará admitiendo que un derecho no es sino un deseo subjetivo que encuentra apoyo en el consenso social; consenso que, las más de las veces, no expresará en realidad apoyo alguno, sino más bien mera indiferencia. Si una ciudadana puede convertirse en marquesa y se le niega ese deseo, por ser mujer, no tiene mucho sentido convencerla de que aquello a lo que aspira, con obvio impacto social, es más bien una tontería.

Para dotar de racionalidad al debate es obligado no rehuir el problema del fundamento y su mayor o menor objetividad. A la hora de argumentarlo de la manera hoy más convincente (el daño a tercero) entrará en juego un nuevo elemento: la *invisibilidad del otro*¹⁵. Con frecuencia la víctima de una resolución jurídica desaparece mediáticamente del escenario, con lo que su atropello o eliminación puede incluso verse reconocido como un derecho. Baste pensar en las frecuentes soflamas favorables al aborto, presentado incluso como conquista social.

¹³ En el caso *Fretté c. Francia*, 32, 36 y 42, «la Cour rappelle que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter» y se recogerá que «les droits de l'enfant tracent la limite du droit à l'enfant» y que se trata de «donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille». Insiste en ello, en su voto parcialmente concordante, el juez Costa y se adhieren los jueces Jungwirth y Traja. También lo hacen los jueces discrepantes, Bratza, Fuhrmann y Tulkens, aunque consideran que el caso queda pese a ello dentro del «champ d'application» o «sous l'empire» del Convenio, dado su concepto de «vie privée». En el caso *E.B. c. Francia*, 35, se recordará que «la requérante ne revendique aucun droit à l'adoption, droit qui n'existe pas».

¹⁴ El juez Zupancic, que en su voto discrepante de la sentencia del caso *E.B. c. Francia* resalta que sólo cabe discriminación cuando está en juego el disfrute de derechos.

¹⁵ Así hemos titulado el análisis de un debate parlamentario sobre la eutanasia, en *Bioderecho*, *op. cit.*, pp. 203-230.

Admitida la existencia de un *derecho*, éste puede llegar a verse incluso considerado como *fundamental*, en razón de la solidez de su título de justicia. No tendría, en todo caso, sentido alguno hablar de *ampliar derechos*, porque los tales derechos no se otorgan por el poderoso de turno, sino que más bien se reconocen al margen de él, como obligado límite de su actuación.

El paso de lo tolerado a lo jurídicamente exigible acabará aflorando en la argumentación de los casos concretos. Volviendo a los aludidos problemas de adopción, no deja de resultar significativo que en las primeras instancias de decisión, administrativas o judiciales, predominen argumentaciones vinculadas a planteamientos que se ha dado en llamar tradicionales. Están en realidad relacionados con la existencia de referentes éticos objetivos, merecedores sin duda de contraste, pero no de displicente marginación. Por el contrario con posterioridad, en resoluciones más cercanas a la posible entrada en juego del tribunal de Estrasburgo, lo políticamente correcto brillará en todo su esplendor.

Se recogerán así afirmaciones iniciales de este tenor: «Hay constante jurisprudencia por la que, teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas, la realidad de la vida cotidiana y razones relativas a la naturaleza humana, un niño de corta edad debe por regla general, ser confiado a la custodia de la madre, salvo si existen razones de peso para no hacerlo»; o bien: «que el padre de la niña, que reconoce ser homosexual, quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar. Es notorio que la sociedad cada vez es más tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad [...]. La niña debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer». En los compases finales el Gobierno portugués, tras afirmar que «la sentencia sólo se fundó en la homosexualidad del padre de forma marginal», pedirá excusas por esas consideraciones del Tribunal de Apelación, alegando que «las declaraciones torpes y desafortunadas no constituyen, en sí mismas, una violación del Convenio» de Roma¹⁶.

El desconcierto argumental es notorio. Una autoridad administrativa considera, en trámite inicial, que las “choix de vie” de un solicitante no parecían

¹⁶ Para añadir: «No es éste lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales; lo dice la naturaleza humana y recordemos que el propio (demandante) lo reconoció cuando [...] afirma que ha abandonado definitivamente el domicilio conyugal para irse a vivir con un amigo, decisión que no es normal según los criterios habituales», caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, 14 y 32.

presentar “de nature” las garantías suficientes en cuanto a las condiciones para acoger a un niño. En resolución posterior, se afirmará que ningún elemento del expediente permite establecer, ni autoriza siquiera a alegar, que ese modo de vida refleje una falta de rigor moral. Se aludirá sucesivamente, como posible precedente, tanto a una resolución de 1989, que alude a un padre que mantiene «relaciones homosexuales inmorales e incompatibles con el ejercicio de la autoridad paterna», y a otra de 1995, que reconoce a un donante, homosexual, el ejercicio de la patria potestad sobre el niño nacido, por inseminación, de una madre envuelta también en otra relación homosexual. El recurrente apuntará, por su parte, que la presunción irrefutable de que ningún homosexual reúne garantías suficientes para acoger a un niño en adopción refleja en realidad un prejuicio social y un temor irracional¹⁷.

4. La consolidación de esa querencia libertario-igualitaria apuntaría a que las conductas homosexuales acaben integradas incluso en ese núcleo decisivo de *de-rechos* que, dentro de un ordenamiento, se consideran *de orden público*. Ello podría incluso vetar cualquier referencia crítica, estableciendo un excepcional límite a la libertad ideológica y religiosa, al excluir toda posible expresión de reparo moral; podría pasar a verse incluso penalmente sancionada, al verse tipificada de modo automático como *fobia*.

En el marco constitucional español ello resultaría particularmente fuera de lugar, al haber quedado establecido como doctrina jurisprudencial que «la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática». Se descarta para España incluso «un modelo de *democracia militante*, que impondría no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución»¹⁸.

Todo este panorama puede verse, sin embargo, particularmente influenciado por otro elemento que añadir a la ya señalada creciente sensibilidad hacia la *igualdad*, o hacia las posibles secuelas discriminatorias de su olvido. Nos referimos ahora a planteamientos sesgadamente laicistas, que tiendan a conferir a determinadas conductas mayor o menor legitimidad según sean rechazadas o propuestas

¹⁷ Caso *Fretté c. Francia*, 11, 13, 15 y 35.

¹⁸ En consecuencia, «la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población», STC 235/2007, de 7 de noviembre, F. 4, que considera inconstitucional la incriminación del llamado *negacionismo* en relación al Holocausto.

por una confesión religiosa de notoria influencia en la vida pública; como es el caso de la católica en el panorama español.

5. El primer de estos dos factores abre el campo a las llamadas *acciones positivas* o afirmativas, propias de la función promocional (y no meramente represiva) del derecho. Se ha discutido, por ejemplo, en España si pueden llegar a incidir en el ámbito penal, justificando sanciones más elevadas para el varón en manifestaciones de la llamada *violencia de género*. El Tribunal Constitucional lo admitió, en una *sentencia* inconfesadamente *interpretativa*, al apreciar «el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión» protagonizados por el varón¹⁹.

Se objetará, sin embargo, que ese mayor *desvalor* o perpetúa la idea de la mujer como sexo débil²⁰, con lo que se estaría suscribiendo una dimensión protectora que consolida paradójicamente la discriminación; o bien da paso a una culpabilización colectiva de los varones, ya que la conducta «no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de un fenómeno colectivo». Lo que habría ocurrido es que «la invocada situación de discriminación, desigualdad o relación de poder se integra en el tipo penal»²¹. En realidad lo sancionado sería «el sexismo machista»; pero «resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia», se apunta, «la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo»²².

6. En cuanto al añadido laicista, no parece superfluo recordar que la protección preferente de la *libertad de expresión* del artículo 20 de la Constitución española, aparece claramente vinculada a la *libertad ideológica* (y religiosa) del artículo 16. Por eso se la considera particularmente configuradora de esa opinión pública

¹⁹ STC 59/2008, de 14 de mayo, F. 9. El reproche por no asumir la sentencia ese carácter interpretativo es unánime en los cuatro votos discrepantes: Conde Martínez de Hijas, epígrafe 3; Delgado Barrio, 1; Rodríguez-Zapata, 3 y Rodríguez Arribas 3 y 4.

²⁰ Así se apunta en el voto particular de Conde Martínez de Hijas, epígrafe 4; y en el de Rodríguez-Zapata, 5.

²¹ Votos particulares de Conde Martínez de Hijas, epígrafe 4; y Delgado Barrio, 2.

²² Se da así paso a «una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor». En consecuencia, «el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un *pecado original*», voto particular de Rodríguez-Zapata, epígrafe 4.

libre que es condición del *pluralismo*, incluido entre los «valores superiores del ordenamiento jurídico» del artículo 1.

Todo ello invita a excluir la posibilidad de sancionar penalmente la libre expresión del propio código moral en relación a determinadas conductas, evitando que en una sociedad abierta el ejercicio de ese derecho se vea inquisitorialmente rechazado, como si se tratara de una patológica *fobia* capaz de poner en peligro relevantes exigencias de *orden público*. El caso contrario implicaría en realidad una discriminación por razones ideológicas, o en su caso religiosas. Surgiría así un desmesurado y paradójico contrapunto a la histórica desigualdad de trato que ha venido sin duda sufriendo un determinado colectivo, marginado en su ámbito minoritario. Ahora pasaría a verse incluido como bien jurídico en el núcleo más duro del ordenamiento, vetándose cualquier asomo de crítica moral a sus conductas. Ello acabaría sin duda generando un impacto sobre la moral social positiva²³; esa minoría pasaría, incluso contra la opinión mayoritaria, a imponer a todos sus convicciones de modo extremadamente coercitivo, desmintiendo el tópico planteamiento de que la permisividad a nadie condiciona.

En una sociedad abierta los ejemplos de exigencias jurídicas consideradas de orden público han encontrado claro consenso en lo relativo a la esclavitud, a la tortura o al genocidio. Ni siquiera se constata esa coincidencia ante fenómenos tan rechazables como la pena de muerte o el aborto del no nacido. Pretender blindar a los miembros de un colectivo coercitivamente, de la mano de lo políticamente correcto, frente a todo intento de crítica moral de su conducta, a diferencia de lo que ocurre a cualquier otro ciudadano, constituiría una obvia y desproporcionada anomalía democrática.

Riassunto

Distinguendo tra giustizia e tolleranza, di fronte ad una condotta sono possibili almeno quattro situazioni molto diverse: rifiutarla e considerarla come un delitto; tollerarla come giuridico agere licere, senza riconoscerla come oggetto di alcun diritto individuale; elevarla a bene giuridico capace di fondare l'esistenza di un diritto; includerla, infine, tra le esigenze di ordine pubblico, fino al punto di rifiutare qualsiasi riferimento critico. Si stabilisce, così, un eccezionale limite alla libertà ideologica e religiosa, giungendo ad una possibile espressione di dubbio morale sanzionata penalmente, essendo contraddistinta in modo automatico come fobia. Sia la giurisprudenza costituzionale spagnola, sia le risoluzioni del Tribunale Europeo dei Diritti Umani, presentano l'attuale situazione fornendo argomenti al riguardo.

²³ De la dimensión “normalizadora” del derecho me he ocupado repetidamente en *El derecho en teoría*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2007, pp. 71, 74, 242-243 y 260.

Summary

Distinguishing between justice and tolerance, at least four very different situations are possible, in confronting a behaviour: refuting it and considering it a crime; tolerating it as juridical agere licere, without recognising it as the object of any individual right; elevating it to a juridical good capable of establishing the existence of a right; lastly, including it among the demands of public order, up to the point of refuting any critical reference. Thus an exceptional limit is established for ideological and religious freedom, arriving at a possible expression of penally sanctioned moral question, being characterised automatically as a phobia. In this current situation both the Spanish Constitutional Court and the resolutions of the European Tribunal of Human Rights present arguments in this regard.

Résumé

Si l'on distingue entre justice et tolérance, au moins quatre situations juridiques bien distinctes sont possibles face à une conduite: la refuser et la considérer comme un délit; la tolérer comme agere licere juridique, sans la reconnaître comme objet d'aucun droit individuel; l'élever au rang de bien juridique capable de fonder l'existence d'un droit; l'inclure enfin parmi les exigences d'ordre public, jusqu'au point de refuser toute référence critique; on établit ainsi une limite exceptionnelle à la liberté idéologique et religieuse, en parvenant à une expression possible de doute moral sanctionnée pénalement, à classer automatiquement comme phobie. Autant la jurisprudence constitutionnelle espagnole que les résolutions du Tribunal Européen des Droits de l'Homme présentent la situation actuelle en donnant des arguments à ce sujet.

Resumen

Distinguiendo entre justicia y tolerancia, son posibles ante una conducta hasta cuatro situaciones jurídicas bien diversas: considerarla rechazable y tipificarla como delito; tolerarla como jurídico agere licere, sin reconocerla como objeto de derecho individual alguno; elevarla a bien jurídico capaz de fundamentar la existencia de un derecho; incluirla, por último, entre las exigencias de orden público, hasta el punto de vetar cualquier referencia crítica, estableciendo un excepcional límite a la libertad ideológica y religiosa, llegando una posible expresión de reparo moral a verse penalmente sancionada, al tipificarse de modo automático como fobia. Tanto la jurisprudencia constitucional española como las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ilustran la actual situación, brindando argumentos al respecto.

AMARE NELLA DIFFERENZA

*Le forme della sessualità e il pensiero cattolico:
studio interdisciplinare*

A cura di
LIVIO MELINA E SERGIO BELARDINELLI



*Libreria
Editrice
Vaticana*

ha da
1925
CANTAGALLI

The logo of Cantagalli is a stylized flame or leaf design. It consists of a central vertical element with a flame-like shape on the left and a leaf-like shape on the right. The year 1925 is printed below the design.

© 2012 Edizioni Cantagalli S.r.l. - Siena
e Libreria Editrice Vaticana - Città del Vaticano

Grafica di copertina: Rinaldo Maria Chiesa

Finito di stampare dalla Tipografia Vaticana
nell'aprile 2012

ISBN: 978-88-8272-624-9