

# IGUALDAD Y MINORÍAS

Luis Prieto Sanchís

*Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. *La conexión entre tolerancia, igualdad y minorías.* 2. *Las exigencias de la igualdad.* 3. *¿Quiénes son minoría?* 4. *Las minorías culturales:* a) Igualdad y no discriminación; b) Igualdad y uniformidad; c) Igualdad y función promocional. 5. *Las minorías económicas.* Notas sobre las razones de la igualdad sustancial: a) Un cambio de perspectiva; b) La justificación de la igualdad sustancial; c) La articulación jurídica de la igualdad sustancial. 6. *Epílogo.* Un problema no tratado.

## 1. LA CONEXIÓN ENTRE TOLERANCIA, IGUALDAD Y MINORÍAS



SCRIBE Bobbio que en su significado histórico la tolerancia aludía a una convivencia de creencias, mientras que hoy se refiere más bien a una convivencia de minorías; la mejor prueba de esta diferencia —añade— es que en la actualidad lo que se pretende combatir no suele denominarse intolerancia, sino discriminación (*vid.* N. Bobbio, 1990, pp. 243 y ss.). En puridad no creo que esta descripción sea del todo correcta: el problema de la intolerancia ha sido tradicionalmente un problema de discriminación, de privación de derechos o de estatus en razón de algún elemento distintivo que se consideraba, precisamente, intolerable, ya fuese por causa de una concepción acerca de la verdad, ya por un mero prejuicio. Lo que ocurre es que la tolerancia antigua apuntaba hacia la libertad, mientras que

la tolerancia moderna se orienta hacia la igualdad (*vid.* A. Weale, 1985, pp. 29 y ss.) o, si se prefiere, hacia la libertad igualitaria: ya no se trata de «soportar» algo que se considera malo o, cuando menos, diverso (*vid.* L. Gianformaggio, 1992, pp. 53 y ss.), sino de comprobar en qué medida lo diverso puede integrarse como algo aceptable o incluso valioso en una sociedad pluralista, es decir, en qué medida se hace acreedor a un trato igualitario. Sea como fuese, de los múltiples debates que ha suscitado y sigue suscitando la tolerancia en el ámbito de la filosofía política (*vid.*, recientemente y a título de ejemplo, A.A. V.V., 1992, pp. 23 y ss.; A.A. V.V., 1993, pp. 203 y ss.; E. Garzón, 1992, pp. 401 y ss., y J. R. de Páramo, 1993), aquí nos centraremos en las implicaciones entre dos conceptos, igualdad y minorías, que tal vez nunca han dejado de estar presentes en la historia de la tolerancia, pero que seguramente hoy constituyen su núcleo esencial; como representan asimismo un problema constitucional de primer orden.

Igualdad y minorías son conceptos obviamente relacionados. En una muy tosca aproximación, el problema de la igualdad es el problema de qué sujetos o situaciones deben ser tratadas del mismo modo y cuáles merecen un tratamiento diferenciado; por tanto, discutir sobre la igualdad equivale a discutir sobre mayorías y minorías, dado que, por definición, toda norma supone atribuir ciertas consecuencias a un determinado universo de personas definido según alguna característica, es decir, toda norma supone o consagra una diferenciación o desigualdad dentro del conjunto de destinatarios del Derecho, fabricando, por así decirlo, mayorías y minorías. La tarea de regulación jurídica implica siempre un ejercicio de distinción, de diseño de un círculo especial de destinatarios, que serán una mayoría o una minoría «artificial» o jurídica.

Esta noción estrictamente jurídica de minoría no carece por completo de interés, pues comprobar su existencia equivale a constatar una ruptura en la uniformidad de tratamiento jurídico, ruptura que puede ser evaluada más tarde desde la perspectiva del principio de igualdad. Así, en el ámbito del Derecho eclesiástico, si se observa un criterio unitario e idéntico para todas las confesiones y para todos los individuos cualquiera que sea su actitud religiosa, en puridad no conviene hablar de mayorías y minorías; estos conceptos reposan entonces en la existencia de dos o más criterios de regulación jurídica, pudiendo llamar mayoría a quien ocupa una posición de privilegio, y minoría a quien padece una cierta desventaja, con independencia de que numérica o sociológicamente mayorías y minorías lo sean de modo efectivo (*vid.* L. Prieto, 1993).

Sin embargo, no es esta idea un tanto convencional de minoría la que ahora interesa. Al margen de que el Derecho «fabrique» mayorías y minorías

siempre que delimita el círculo de destinatarios de sus normas, las minorías pueden entenderse también como una realidad preexistente y externa al orden jurídico que éste toma en consideración a la hora de conectar ciertas consecuencias jurídicas a determinados sujetos o situaciones. Pues bien, ¿puede o debe ser la mayoría o la minoría un criterio regulador de los tratamientos jurídicos?; el problema de qué sujetos deben ser tratados del mismo modo y cuáles de modo distinto, ¿puede resolverse a partir de esa dualidad mayoría-minoría? Creo que no cabe despejar este interrogante si antes no procuramos iluminar, siquiera brevemente, dos cuestiones previas: qué entendemos por igualdad o cuáles son las exigencias que derivan de tal principio, y qué entendemos por minorías.

## 2. LAS EXIGENCIAS DE LA IGUALDAD

Según una fórmula generalmente aceptada «la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales» (Aristóteles, 1983, p. 83). De forma más abreviada, lo igual debe ser tratado de modo igual, y lo desigual de modo desigual. Ahora bien, ¿cuándo dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales? Cabe decir, como primera aproximación, que mediante la igualdad «se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común» (P. Comanducci, p. 108). Por consiguiente, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad como la mera semejanza. Excluye la identidad porque parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común; la identidad se produce «cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características», mientras que la igualdad «supone una identidad parcial, es decir, la coincidencia de dos o más objetos en unos elementos o características desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás» (A. E. Pérez Luño, 1987, p. 134; *vid.*, también, P. Westen, 1990, p. 62). Y se distingue también de la semejanza porque, si bien ésta implica asimismo que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores.

Por ello, dado que nunca dos personas o situaciones vitales son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad,

sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial. Pero, como las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros, resulta que los juicios fácticos sobre igualdad/desigualdad parcial no nos dicen todavía nada acerca de si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual (*vid.* R. Alexy, 1986, p. 387): que «A» y «B» desarrollen la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo tratamiento a todos los efectos; que «C» y «D» tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos. Como escribe Rubio, la igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos en ellos discernibles; «cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan... toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada», y la fijación de ese *tertium* «es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga» (F. Rubio Llorente, 1991, pp. 12 y ss.). La igualdad es, pues, un concepto normativo y no descriptivo de ninguna realidad natural o social (*vid.* A. Calsamiglia, 1989, p. 89).

Esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación, haciendo abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación. Ambas consideraciones son inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance si no añadimos *para qué* o *en función de qué* regulación jurídica debe serlo; «según a qué efectos, todos los supuestos de hecho o situaciones personales son absolutamente iguales o absolutamente desiguales entre sí... sólo la consecuencia jurídica puede ser diferencial» (A. Carrasco, 1991, p. 23). Y del mismo modo, decir que dos sujetos son destinatarios del mismo o de diferente tratamiento jurídico constituye una mera constatación de la que no cabe derivar ulteriores conclusiones si no decimos en *razón* de qué circunstancias existe uniformidad o diferencia.

El punto central consiste, pues, en determinar los rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o desigual, rasgos que han de ser al mismo tiempo el *criterio* de la clasificación normativa, esto es, de la condición de

aplicación, y el *fundamento* de la consecuencia jurídica (*vid.* F. Laporta, 1985, pp. 18 y ss.); la concurrencia de una circunstancia o propiedad debe ser, por tanto, el criterio que defina el universo de los destinatarios de la norma y asimismo la razón o fundamento de la consecuencia en ella prevista. Si no me equivoco, esta valoración conjunta de elementos fácticos y normativos es lo que la jurisprudencia constitucional denomina racionalidad o interdicción de la arbitrariedad: existe discriminación cuando «la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable» (STC 10-11-1981); para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual «esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable» (STC 33/1983); el principio de igualdad exige «que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma» (STC 176/1989) (*vid.* J. Jiménez Campo, 1983, pp. 71 y ss.). Por eso, la distinta edad de las personas es seguramente irrelevante a casi todos los efectos, pero no en lo relativo a la jubilación (STC 75/1983); asimismo, la diferencia entre español y extranjero no sería, sin duda, razonable si a ella quiere unirse una tipificación distinta de delitos y penas, pero, al parecer se convierte en razonable cuando se trata de la posibilidad de trabajar en España (STC 107/1984).

Así pues, el principio de igualdad se traduce en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación —con exclusión de otras situaciones— a una cierta consecuencia jurídica; la referencia a los criterios materiales (necesidades, méritos, etc.), a la razonabilidad y a la proporcionalidad es, por tanto, una remisión a la justificación racional de la decisión (A. Calsamiglia, 1989, p. 109). Las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir igualdades y desigualdades normativas, cuya justificación no puede apelar sólo a la mera facticidad.

Sucede, sin embargo, que la igualdad presenta una doble faceta (tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual), por lo que en buena lógica parece que necesitarían el mismo grado de justificación tanto las normas que establecen diferenciaciones como las regulaciones uniformes u homogeneizadoras, o, dicho de otro modo, que tan exigible sería el derecho a ser tratado igual como el derecho a la diferenciación. Lo cierto es que, seguramente por motivos pragmáticos, esa simetría entre ambas dimensiones se rompe en favor de la primera: «la igualdad no tiene necesidad, como tal, de justificación. El deber de justificación pesa, en cambio, sobre las desviaciones de la igualdad»

(P. Comanducci, 1992, p. 110, y F. Laporta, 1985, p. 26). Es como si se partiese de un «orden natural» (y, por cierto, desigual) de las cosas, sobre el que operaría el Derecho estableciendo clasificaciones o diferencias «artificiales», siendo estas últimas las que deben justificarse. Con todo, dicha presunción no carece de fundamento, pues si aceptamos la hipótesis de que los mandatos del legislador persiguen fines valiosos y de que sus prohibiciones tratan de evitar resultados indeseables, entonces parece razonable que, *en principio*, deban vincular a *todos* los destinatarios del Derecho; clasificar o diferenciar requiere, por tanto, una razón especial. R. Alexy concreta esa asimetría en las dos reglas siguientes: «si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual»; «si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual» (R. Alexy, 1986, pp. 395 y ss).

Enfocado de este modo, no cabe duda que el principio de igualdad deja abierto un ancho campo de libre configuración legislativa, es decir, un campo donde tratamientos iguales y desiguales resultan simultáneamente lícitos o admisibles. Pues, en efecto, mientras que la exigencia de una regulación desigual requiere una razón que imponga precisamente el tipo de desigualdad que se pretende establecer, la justificación de un tratamiento igual requiere tan sólo que no logre justificarse la obligatoriedad de la distinción; en consecuencia, allí donde exista sólo una razón que permita la desigualdad, queda autorizada tanto una regulación igualitaria como diferenciadora. Dicho de otra forma, inicialmente un control sobre el legislativo por violación del principio de igualdad sólo procede: *a*) cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; *b*) cuando estamos en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo impida. Por ello, que un tratamiento desigual no resulte arbitrario o carente de razón no significa que, *a sensu contrario*, un tratamiento igual haya de reputarse arbitrario.

Hasta aquí hemos hablado del ámbito general cubierto por el principio de igualdad, que la Constitución reconoce en el primer inciso del artículo 14: «Los españoles son iguales ante la Ley». Sin embargo, el mismo precepto añade: «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Estas especificaciones constituyen casos de «igualdad normativa» (A. Carrasco, 1991, p. 28), es decir, casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional. Igualdad normativa que no se circunscribe a lo indicado en el artículo 14; del artículo 39, 2.º, por ejemplo, se deduce la



igualdad de los hijos con independencia de su filiación, y de las madres con independencia del estado civil, lo que significa que tales elementos (filiación y estado civil) no son razonables como criterios para establecer distinciones en la posición jurídica de hijos o madres. Pues bien, si antes hemos hablado de razones que permiten o imponen un trato diferencial, ahora nos encontramos ante razones que prohíben dicha diferenciación. La raza o el sexo son así criterios prohibidos a la hora de delimitar el contenido o el ámbito de eficacia de las normas.

La prohibición es, sin embargo, relativa. Como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, «si esta carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta» (STC 81/1982). Los «criterios prohibidos» del artículo 14 pueden, en consecuencia, ser tomados en consideración como fundamento de un tratamiento desigual, en especial si tenemos en cuenta que el precepto alude conjuntamente a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», que, obviamente, si se interpretase literalmente, impediría cualquier género de distinción, esto es, el ejercicio mismo de la potestad legislativa (A. Ruiz Miguel, 1994, p. 7). De manera que estos criterios representan simplemente *una* razón más intensa para la prohibición de la desigualdad normativa, pero una razón que puede quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior. Tan sólo cabe exigir entonces un control más estricto, un *strict scrutiny* (F. Rubio Llorente, 1991, p. 31) o, si se quiere, una carga suplementaria de argumentación. En otras palabras, las especificaciones del artículo 14 vienen a recordar que, por regla general, la raza, el sexo o la religión no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular.

Ahora bien, si no existe *a priori* ninguna razón que impida un trato diferenciador, tampoco debe existir ninguna razón que lo imponga. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional: el artículo 14 no funda un derecho a imponer divergencias de trato, sino un derecho a no sufrir discriminación (SSTC 52/1987 y 48/1989). Esto no significa propiamente que un trato diferente no pueda venir impuesto en algunas ocasiones, sino que ese trato diferente no puede ser exigido sólo como un imperativo de la segunda parte del principio de igualdad, es decir, de aquella que ordena tratar de forma desigual lo que es desigual. Por tanto, que lo desigual debe ser tratado de forma desigual supone tan sólo que pueden existir razones que permitan o que, valoradas todas las demás razones

en pugna, impongan dicha desigualdad, no que exista algún criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación; del mismo modo que ni siquiera los criterios del artículo 14 prohíben *siempre* su utilización como elementos de trato diferenciado, así tampoco existe ningún criterio que, en virtud de la máxima de igualdad, imponga siempre un trato desigual; y ello pese a que, lo mismo que existen «igualdades normativas», existen también «desigualdades normativas», como la contenida en el artículo 103.3 cuando establece que mérito y capacidad son dos criterios a valorar en el acceso a la función pública. Lo que, por cierto, no significa —como parece decir el Tribunal Constitucional— que en un supuesto concreto no pueda ser reclamado fundadamente un trato desigual, al margen de los problemas procesales que acaso lo dificulten.

Las razones que, en aplicación de esa máxima de la igualdad, pretenden imponer una normatividad desigual, se conectan a la conocida distinción entre igualdad formal y real (F. Laporta, 1985, p. 27) o entre igualdad de hecho y de Derecho, en suma, entre la igualdad del artículo 9.2.º y la igualdad del artículo 14 de la Constitución española. Se trata de dos modalidades tendencialmente contradictorias, pues «quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades *de iure*» (R. Alexy, 1986, p. 404), dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica. Tampoco existe aquí ninguna razón *a priori* que imponga siempre, como razón definitiva, un tratamiento desigual, y ello aunque sólo sea porque habrá de enfrentarse con las razones que avalen o apoyen la igualdad *de iure* y porque esta clase de igualdad suele tomar como criterio de distinción alguno de los criterios prohibidos por el artículo 14 (F. Rubio Llorente, 1991, p. 35). Pero que la llamada discriminación inversa no proceda en todo caso, tampoco significa que no resulte admisible en algunos casos. En particular, parece que el tratamiento desigual está justificado cuando viene a reparar anteriores desviaciones de la igualdad y se propone justamente restaurar una situación de igualdad (*vid.* P. Comanducci, 1992, p. 112; también, en general, M. Rosenfeld, 1991).

Todo ello pone de relieve que la igualdad opera como —según una cierta versión de la diferencia entre reglas y principio— se supone que hacen los principios, es decir, como mandatos de optimización. Las reglas, en efecto, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible (*vid.* R. Alexy, 1986, pp. 86 y ss.; 1988, pp. 143 y ss.). La idea resulta particularmente fecunda en los casos de conflicto o de colisión entre reglas y entre



principios. En el primer supuesto, o bien se declara inválida una de las reglas, o bien una de ellas opera *siempre* como excepción de la otra; en cambio, una colisión entre principios no se traduce en una pérdida de validez de alguno de ellos, sin que sea preciso tampoco formular una cláusula de excepción con carácter general, sino que cede uno u otro según las circunstancias del caso. Decidir cuál es el que triunfa exige un juicio de ponderación que valore el peso relativo de las razones que fundamentan cada uno de los principios en pugna (*vid.* L. Gianformaggio, 1986, p. 117); juicio que ciertamente no proporciona una solución indubitada, sino que representa un llamamiento al ejercicio de la racionalidad.

Pues bien, al margen de la virtualidad del criterio comentado en orden a la distinción entre reglas y principios, no cabe duda que resulta particularmente útil en relación con la igualdad, pues ésta opera siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad, pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no hay dos seres humanos ni dos situaciones idénticas. Ciertamente, como hemos indicado, parece existir una prioridad de la igualdad sobre la diferenciación, de manera que la regla podría describirse del siguiente modo: siempre existe alguna razón para la igualdad y, por tanto, ésta debe postularse mientras que alguna desigualdad fáctica —que siempre existirá— no proporcione una razón que permita o que, valoradas las razones en pugna, imponga una regulación diferenciada.

La cuestión es, pues, si la pertenencia a una minoría puede constituir una razón que permita, prohíba o imponga un tratamiento desigual *de iure*; si bien, dado que la prohibición o la imposición sólo cabe decidirla en el caso concreto y tras ponderar las razones que militan en pro del trato uniforme, bastará con preguntarse si la minoría puede ser en algún caso fundamento que permita una diferenciación normativa. Y, en segundo lugar, conviene también saber si la igualdad sustancial o de hecho, que introduce diferenciaciones de trato justamente y sólo en nombre de la restauración de la igualdad, puede resultar operativa en relación con las minorías. Visto desde otra perspectiva: aceptando que la pertenencia a una minoría constituye una desigualdad fáctica parcial, ¿puede proporcionar ésta alguna razón en favor de la desigualdad normativa, desigualdad que consagre y se fundamente en la desigualdad fáctica?; y, segundo, ¿puede, no obstante, proporcionar alguna razón en favor de esa desigualdad

normativa pero sólo en la medida en que la desigualdad fáctica deba desaparecer? Conviene aclarar la diferencia entre ambos interrogantes: en el primero, la desigualdad fáctica es el fundamento de una desigualdad normativa que consagra o, al menos, que no tiende a suprimir esa desigualdad fáctica (v. gr., para ingresar en la policía se requiere cierta estatura); en el segundo, la desigualdad normativa sólo aparece justificada en la medida en que la consecuencia jurídica diferenciadora opere directamente y en contra de desigualdad fáctica que constituye el criterio clasificador o definidor del supuesto de hecho de la propia norma (v. gr., quien padezca alguna minusvalía gozará de una asistencia sanitaria o social específica). Según creo, la respuesta depende en ambos casos de estas dos variables: el modelo constitucional de valores, la filosofía moral y política que subyace a la Constitución y el concepto que adoptemos de minoría. Sobre el modelo constitucional nos remitimos al vigente en España y, en general, en los sistemas liberal-democráticos. En relación con el concepto de minoría es necesario hacer ahora algunas precisiones.

### 3. ¿QUIÉNES SON MINORÍA?

Si la igualdad es una de las nociones más difíciles, imprecisas y rebeldes de cuantas pueden encontrarse tanto en la ética como en la dogmática constitucional, la idea de minoría no resulta mucho más clara; mejor dicho, se trata de un concepto a todas luces ambiguo (*vid.* J. de Lucas, 1993, pp. 99 y ss., cuya aproximación a un concepto jurídico-político de minorías constituye una de las aportaciones recientes mejor perfiladas). Con ironía, pero no sin cierta justificación, se ha podido escribir que si minorías dignas de especial protección son las mujeres, los niños, los ancianos, los drogadictos, las minorías étnicas, los expresidarios y los parados (y aún cabría añadir alguna otra) resulta que la presunta mayoría constituye en realidad una exigua minoría (I. C. Ibán, 1990, pp. 15 y ss.). Con todo, esta aproximación algo escéptica al concepto de minoría permite obtener una primera conclusión, y es que no existe en el lenguaje común un solo elemento definidor de minoría; no existe una minoría en singular, sino muchas minorías en plural, que se definen, además, según los más heterogéneos criterios, algunos inmodificables como la raza, otros de fortuna como la pobreza, y otros más o menos voluntarios, como el consumo de drogas. Un primer problema reside, por tanto, en determinar cuáles son los distintos elementos definidores y en hallar —si es que existe—algún rasgo común a todos ellos.

Tal vez podamos tomar como punto de partida la definición que se deduce del artículo 27 del Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». Estos serían, pues, los rasgos característicos de una minoría:

a) Se trata de una colectividad humana diferenciada dentro del territorio del Estado, presumiblemente minoritaria en número y, desde luego, que se halla en posición no dominante. En realidad, el elemento cuantitativo resulta secundario: a juzgar por el fervor religioso que se aprecia en los países del Este, cabe suponer que durante el régimen comunista la población cristiana fue numéricamente mayoritaria, aun cuando pudiese calificarse de minoría; y, sin duda, bajo el régimen de *apartheid* en Sudáfrica, la mayoría negra fue también una minoría (De «mayorías minoritarias» habla J. de Lucas, 1993, p. 101). Lo que importa es, en consecuencia, que la colectividad no ejerza un papel dominante, que su religión, sus costumbres e instituciones, en suma, que su cultura resulte distinta y disidente frente a la que domina.

Ahora bien, el concepto recogido por el Pacto resulta innecesariamente estrecho en un punto, y es que brinda una protección a las minorías que se circunscribe a la tutela de sus rasgos característicos —cultura, religión, idioma— sin tener en cuenta que la discriminación puede conectarse a dichos rasgos, pero proyectarse sobre cualquier relación jurídica o posición social. En otras palabras, y aceptando provisionalmente que las minorías sean sólo étnicas, religiosas o lingüísticas, parece preferible decir entonces que estamos en presencia de una minoría cuando se sufre cualquier clase de discriminación —por ejemplo, civil o política— en razón de la pertenencia a alguno de los grupos señalados.

b) En la definición del Pacto de Naciones Unidas, la noción de minoría parece tener como base un sustrato de hecho a partir de características relativamente inmodificables, es decir, de características que no dependen en absoluto o que principalmente no dependen de la conducta o de la voluntad de los individuos que forman la colectividad: etnia, religión y lengua (éstos suelen ser los únicos criterios definidores de las minorías en los documentos internacionales, *vid.* F. M. Mariño, 1994). Cada uno de estos elementos puede dar lugar a una minoría, si bien cabe decir que cuando se suman los tres se acentúa notablemente ese carácter minoritario e inmodificable; sería el caso, por ejemplo, de las poblaciones indígenas.



c) Este sustrato de hecho ha de traducirse en una cultura más o menos diferenciada, alguno de cuyos elementos, al menos, ha de resultar discordante o conflictivo con las instituciones dominantes. Dicho conflicto puede presentar una dimensión jurídica, en cuyo caso procede hablar de minoría *de iure*, o puede presentar una dimensión simplemente sociológica, de manera que las creencias, los ritos o las costumbres minoritarias vengán a definir un grupo humano en posición de desventaja o con dificultades para acceder a los núcleos de poder político, económico o cultural. Así, Estados Unidos es una nación pluriconfesional donde, en líneas generales, las distintas confesiones actúan con plena autonomía y gozan de un estatus equiparable; no son, por tanto, minorías *de iure*, al menos no lo son la mayor parte de las iglesias (*vid.* M. Tedeschi, 1984, pp. 83 y ss.), aunque sociológicamente parece innegable que las iglesias cristianas, en particular protestantes, se identifican con el grupo que de hecho ejerce una hegemonía económica, social y política.

En cualquier caso, esto pone de relieve que el concepto de minoría no es un concepto autónomo, sino relacional y conflictivo. La mera diferencia racial o religiosa no da lugar a una minoría mientras el grupo humano correspondiente no entra en relación y, más concretamente, en conflicto con otro grupo mayoritario; mayoritario, no tanto en el sentido cuantitativo, sino en el sentido de dominante desde una perspectiva económica, cultural o política. Como escribe J. de Lucas, «lo que define a las minorías es que constituyen grupos de individuos que son como los demás (que pertenecen a un grupo más amplio: el Estado como marco común, del que son ciudadanos también los miembros de la minoría), pero que, sin embargo, no quieren/no pueden/no son asimilados en todo a ellos» (J. de Lucas, 1993, pp. 100 y ss.).

Como todo intento de definición, el que propone el Pacto de Naciones Unidas tal vez ayude a aclarar las cosas, pero, en contrapartida, presenta una dimensión estipulativa que restringe el amplio significado que el término minoría suele asumir en el lenguaje ordinario. En particular, esa restricción opera aquí de dos formas, que pudiéramos llamar interna y externa. La primera viene dada porque, en la definición propuesta, la disidencia cultural aparece unida a un determinado sustrato étnico, religioso o lingüístico, que obviamente no agota las posibles culturas minoritarias. Piénsese en ejemplos tan dispares como la masonería, grupos ideológicos no religiosos, las llamadas «tribus urbanas», homosexuales o prostitutas; cada uno de ellos presenta algunas costumbres, modos de vida y valores diferenciados y muchas veces conflictivos —social o también jurídicamente— con los de la mayoría dominante, y, sin embargo, no serían minorías si nos atenemos a la óptica del Pacto de Naciones Unidas.



La restricción que he llamado externa se refiere al hecho de que, con frecuencia, la expresión minoría no se aplica a ninguna colectividad humana definida en función de rasgos culturales más o menos homogéneos. Así, cuando se dice que los niños, las mujeres, los ancianos, los extranjeros o los pobres, constituyen otras tantas minorías, es evidente que no se piensa en tradiciones, lengua, costumbres o valores diferenciados, sino en grupos que sufren algún tipo de desigualdad o que padecen una situación que les impide o dificulta el ejercicio de los derechos. Lo mismo ocurre con los que algunos han llamado «sujetos frágiles», como los enfermos psíquicos, los drogadictos, los presos y, en general, quienes se integran en alguna de las categorías de la desviación social (vid. J. Varela y F. Alvarez-Uría, 1989). Se trata, en suma, de grupos de un modo u otro discriminados, aunque no forman una categoría unitaria; algunos padecen una desigualdad *de iure*, como los extranjeros, los presos o los niños; otros una minusvalía o carencia que les hace de hecho desiguales, como los niños, los enfermos psíquicos, los ancianos o los pobres.

Adviértase que ni la definición de Naciones Unidas, ni la ampliada que acabamos de proponer, presentan, en todo caso, un indubitado componente económico; se puede pertenecer a una cultura minoritaria, ser adicto a las drogas, extranjero, niño o preso y disfrutar de una desahogada posición económica. Desde luego, no puede reducirse todo a términos económicos, pero sería poco realista no constatar que, si bien la minoría se define en función de otros rasgos, la penuria económica acentúa y subraya la posición no dominante que caracteriza a las minorías. Para decirlo trivialmente, la minoría magrebí en España se compone por los inmigrantes ilegales o que viven en los límites de la legalidad, no por los acaudalados residentes en la Costa del Sol.

Como casi siempre en estos casos, no existe una definición mejor que otra, sino sólo la obligación de aclarar en cada caso en qué sentido usamos la expresión minoría. A mi juicio, los grupos que hemos citado en este epígrafe pueden dividirse en tres grandes categorías: primero, los que presentan unos rasgos culturales propios más o menos disonantes con los de la mayoría o incluso abiertamente antijurídicos; segundo, los que padecen una desigualdad *de iure*, y éste es el caso de los extranjeros, que constituyen una minoría construida por el Derecho a partir del rasgo «no español»; tercero, los que sufren una discriminación de hecho, generalmente traducida o traducible en términos de carencias físicas, económicas o culturales. Añadamos que las dos primeras categorías son tanto más minoritarias cuanto en mayor medida coincidan o se integren en la tercera; muchas veces, el problema es la pobreza y tanto peor si, además de pobre, se es extranjero o musulmán.



Ciertamente, la perspectiva adoptada resulta tan amplia y da entrada a rasgos tan heterogéneos que resulta difícil proponer un elemento definidor del concepto de minoría preciso y bien delimitado; lo cual, en este caso, me parece que tampoco constituye un infortunio conceptual, pues dicha amplitud permite conectar mejor la noción de minoría con las distintas implicaciones del principio de igualdad. En concreto, lo que tienen en común los grupos que se han mencionado es únicamente que ocupan una posición de desventaja, y sólo en la medida en que ocupen dicha posición constituyen una minoría; ya sea de desventaja jurídica o institucional, ya de desventaja económica o social (*vid.* P. Comanducci, 1994, p. 5). En consecuencia, desde la doble exigencia del principio de igualdad (jurídica y de hecho o sustancial) procede determinar si la pertenencia a una minoría puede justificar algún género de desigualdad normativa, bien se traduzca en discriminación directa, bien en la llamada discriminación inversa.

En suma, dejando a un lado el caso particular de aquellas minorías que son directamente construidas por el Derecho sin un fundamento de orden cultural o socioeconómico, como la categoría de los extranjeros, que se definen simplemente por no ser españoles, la cuestión se reduce a saber si las minorías culturales y socioeconómicas (*latu sensu*) pueden o deben representar una de esas desigualdades fácticas parciales que permiten una diferenciación normativa. Obviamente, con ello no se niega que los extranjeros representan un grupo diferenciado (y discriminado), ni que dicha condición no resulte fundamental a la hora de definir la posición de ciertas minorías que, además de minorías, son de origen no español. Lo que ocurre es que la cualidad de extranjero no se vincula en principio a ninguna minoría, previamente determinable, presentando además problemas específicos que superan el objeto y las pretensiones de este trabajo (*vid.*, sobre el particular, J. de Lucas, 1992, pp. 69 y ss.)

Así pues, se trata de determinar si el rasgo «minoría» cultural o socioeconómica puede servir de fundamento a un régimen diferenciado en alguno de los dos sentidos indicados en el apartado anterior, esto es, diferenciación jurídica como exigencia o traducción de una desigualdad fáctica que se acepta como hecho objetivo e inamovible (desigualdad jurídica *porque existe* una desigualdad fáctica); y diferenciación jurídica como vehículo o instrumento para combatir la desigualdad fáctica (desigualdad jurídica *para que deje de existir* una desigualdad fáctica). A su vez, por lo que se refiere al primer sentido, se plantean dos problemas que, en realidad, son caras de la misma moneda, a saber: si la desigualdad fáctica puede ser fundamento de discriminación, de pérdida o restricción de derechos, de estatus, etc.; y si, al contrario, dicha desi-

gualdad puede ser una razón para la atribución de privilegios, exenciones o derechos específicos. El primero es el problema de la discriminación; el segundo, el de la uniformidad. O, visto desde otra perspectiva, el primero es el problema del universalismo ético y jurídico, esto es, de la universalidad de los derechos *por encima* de las diferencias; el segundo es el problema del relativismo ético, del respeto a la diversidad cultural que nace de las diferencias.

#### 4. LAS MINORÍAS CULTURALES

##### a) *Igualdad y no discriminación*

Me parece una verdad bastante obvia que en el marco del constitucionalismo liberal las que genéricamente hemos llamado minorías culturales, tengan o no una base étnica, religiosa o lingüística, no pueden representar nunca el fundamento de un tratamiento discriminatorio; las costumbres, las creencias religiosas, las opiniones o la cultura no son elementos que, en principio, proporcionen una razón que permita establecer límites o restricciones al ejercicio de los derechos o a la adquisición de cualquier estatus jurídico. Con mayor razón, lo mismo puede decirse de las minorías que se definen en función de una posición de desventaja socioeconómica. Los argumentos de filosofía moral y política que subyacen a nuestro modelo constitucional son los propios de la cultura ilustrada y pueden resumirse en los tres siguientes: libertad, igualdad y laicismo.

Creo que tiene razón E. Fernández cuando escribe que «el respeto a las minorías no es más que una consecuencia del reconocimiento del derecho a la autonomía y a la libertad personal» (E. Fernández, 1992, p. 75), hasta el punto de que los otros dos valores no son sino desarrollos o dimensiones de esa libertad. En síntesis, la libertad supone reconocer al individuo y a su autonomía como el fin último hacia el que debe enderezarse toda actuación del Estado; éste prescinde de fines propios o de una justificación organicista o supraindividual para asumir como principio básico de legitimidad la protección de la persona y de sus derechos y, por tanto, también de las plurales concepciones del bien. Ello excluye, por ejemplo, la llamada razón de Estado como principio capaz de justificar la acción política, pero excluye también otros elementos transpersonales que a lo largo de la historia han querido erigirse en fundamento de la legitimidad del Estado, como la raza, la religión, etc. No una genérica libertad colectiva o de la nación, sino la libertad de cada ciudadano, esto es, la

posibilidad real de autodeterminación en cualquier ámbito de actividad humana constituye, pues, el fin que legitima la existencia misma del poder político.

Esta idea encuentra su confirmación en el artículo 10.1.º de la Constitución, cuando afirma que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Lo importante de este precepto no es sólo lo que dice, con ser mucho, sino más bien lo que no dice: en la constelación de valores que sirve de fundamento al orden político no hallamos nada que trascienda al individuo y a sus derechos; ni una fe religiosa, ni una unidad étnica, ni un imperio que mantener, ni, en fin, un concepto de nación o de patria que vaya más allá de la suma de sus ciudadanos concretos. El Estado y, por tanto, su Derecho y su coacción, cifran la legitimidad en el logro de los fines enumerados en el artículo 10.1.º y todos ellos creo que pueden resumirse en la libertad como articulación jurídica de la autonomía.

De la igualdad ya nos hemos ocupado en el apartado anterior. Ahora tan sólo cabe subrayar que no es una coincidencia fortuita que la noción moderna de los derechos del hombre y la de igualdad apareciesen simultáneamente como aspiraciones en el siglo XVIII y como reglas jurídicas en 1789. El derecho subjetivo no sólo no es una categoría moderna, sino que, por el contrario, representa un rasgo típico del orden jurídico medieval, cuya expresión era el privilegio, la *libertas* concebida como el estatus jurídico subjetivo de una persona o comunidad (*vid.* M. García Pelayo, 1968, pp. 90 y ss.); el elemento que transforma los privilegios en derechos es precisamente la igualdad, como instancia unificadora y a la vez de generalización de esa *libertas* medieval. Así pues, cabe decir que la igualdad es un concepto clave y diferenciador de la cultura jurídica nacida de la Ilustración (*vid.* G. Tarello, 1976, pp. 37 y ss.), habiéndose afirmado incluso que, al menos en su acepción moderna, Derecho significa precisamente igualdad (U. Cerroni, 1968, p. 95).

Particular importancia tiene la conexión de la idea de igualdad con los derechos fundamentales, que se traduce en la exigencia de universalidad que suele predicarse de estos últimos. No es momento de discutir si efectivamente la etiqueta de «fundamental» sólo conviene a los derechos que se puedan postular como universales (*vid.* L. Prieto, 1990, pp. 80 y ss.). Lo que sí es cierto es que los derechos fundamentales protegen bienes que se consideran básicos y a los que toda persona se hace acreedora. De ahí que existan buenas razones para no aceptar diferenciaciones en la atribución de los derechos o, lo que es lo mismo, para que toda hipotética diferenciación en esta materia resulte sospechosa y sujeta a un control estricto (F. Rubio, 1991, p. 31). Con lo que concu-

rren dos argumentos en favor del control estricto: el que deriva del artículo 14 cuando prohíbe tener en cuenta la raza, la religión, opinión, etc.; y el que deriva del régimen de derechos fundamentales. En suma, las peculiaridades culturales de las minorías muy difícilmente pueden operar como criterio para una diferenciación normativa en materia de derechos fundamentales (*vid.*, no obstante, *infra*, a propósito de la objeción de conciencia).

Finalmente, el laicismo es un término que suele emplearse para definir una determinada actitud del Estado ante el fenómeno religioso y las iglesias, significando lo contrario a régimen confesional. Por supuesto, este significado sigue teniendo pleno sentido y, aunque la Constitución no habla de laicismo, ofrece buenas razones para pensar que el Estado español es laico o no confesional (*vid.* L. Prieto, 1991, pp. 201 y ss.). Me parece, sin embargo, que no existe ningún inconveniente en extender el significado del laicismo más allá de la esfera religiosa, como equivalente a neutralidad ideológica y cultural. En este sentido, Estado laico es aquel que respeta y no hace suyas las particulares concepciones de la virtud, que no pretende orientar las opciones éticas de sus ciudadanos, en suma, es el Estado liberal que se limita a un papel neutral donde sean los propios individuos quienes decidan su fines éticos y religiosos, sus cánones estéticos y sus pautas culturales. Ciertamente, es discutible si en España las instituciones han sabido ser fieles a este principio laicista [*vid.* L. Prieto, 1990 (b), pp. 24 y ss.] que, por otra parte, ha de obtenerse de una interpretación sistemática de distintos preceptos constitucionales (arts. 1.1.º, 10.1.º y 16.1.º); con todo, creo que la plena garantía de la libertad y de la igualdad postula un sistema laico como el descrito, un sistema donde, partiendo de un mínimo consenso valorativo, tengan cabida culturas y credos diferentes, sin que profesar uno u otro pueda dar lugar a discriminación.

En resumen, si estos tres valores forman parte de un sistema jurídico parece difícil concebir como legítima una norma que discrimine o simplemente «clasifique» a los ciudadanos en función de sus opciones éticas, religiosas o culturales, estén o no éstas vinculadas a diferencias étnicas. La libertad garantiza el ejercicio de la autonomía individual y hace de ella la justificación misma de la organización política; la igualdad impide condicionar el disfrute de los derechos o el estatus jurídico a la concreta orientación que tenga el ejercicio de esa libertad; el laicismo, por último, asegura un Estado neutral y respetuoso con las distintas concepciones del bien.

Es más, esta prohibición de discriminar no sólo pesa sobre los poderes públicos, sino que, en combinación con otros derechos fundamentales, vincula también a los particulares. Especial importancia reviste el siguiente pronun-

ciamiento del Tribunal Constitucional, que por su interés reproducimos *in extenso*: «El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo y a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualquiera que sean...». La conjunción de los valores de igualdad y dignidad conduce a afirmar que «ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español... los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social» (STC 11-11-1991). Sería seguramente apresurado deducir que el principio de igualdad rige en las relaciones privadas (*vid.* L. Prieto, 1990, pp. 205 y ss.), pero no cabe duda que en el caso comentado resulta fundamental para dotar de contenido al derecho al honor, y su violación es decisiva para la calificación jurídica de la conducta injuriosa.

La cuestión parece de capital importancia, pues todo parece indicar que las muestras más habituales de intolerancia y de discriminación hacia las minorías provienen precisamente de lo que suele llamarse sociedad civil. Es decir, que, usando la terminología de Garzón (E. Garzón, 1992, p. 404), cabe afirmar que hoy las minorías culturales sufren más una intolerancia horizontal o proveniente de los sujetos privados, que una intolerancia vertical originada en los poderes públicos, al menos en el marco de los Estados constitucional democráticos: marginación social, abuso en las condiciones laborales, intentos de segregación escolar, obstáculos a la contratación (por ejemplo, alquileres de viviendas), etc. Ciertamente, algunas de esas relaciones jurídicas están cubiertas por normas imperativas que impiden o limitan la discriminación, como sucede en el ámbito educativo o en el laboral, pero otras se inscriben en contextos resueltamente privados, donde el derecho a la igualdad entra en conflicto con la autonomía de la voluntad o, lo que es lo mismo, donde aparece una colisión entre principios que, como sabemos, no admite una solución categórica y general, sino una ponderación circunstanciada: a veces, triunfará la libertad del sujeto discriminador, pero otras muchas la balanza habrá de inclinarse en favor del sujeto discriminado, en especial cuando se hallen en juego otros derechos fundamentales.



Sea como fuere en el plano horizontal, en el vertical no cabe duda que, desde la perspectiva de la filosofía moral y política que subyace y se expresa en la Constitución española, la noción de minoría debe resultar jurídicamente irrelevante para el establecimiento de discriminaciones normativas. Existen razones muy fuertes para impedir que la titularidad y el ejercicio de los derechos o la adquisición de cualquier estatus jurídico pueda quedar condicionado o limitado por la pertenencia a una minoría; ni las creencias, religiosas o no, ni la cultura o la lengua constituyen criterios admisibles para el establecimiento de una desventaja jurídica. Y, en líneas generales, lo mismo cabe decir de las minorías socioeconómicas, si bien aquí, dada su heterogeneidad, cabría hacer alguna matización en relación con quienes padecen alguna carencia física o psíquica en orden al ejercicio de algunos derechos o al desempeño de ciertos cargos y empleos; siempre que, como vimos al principio, el criterio de la clasificación normativa sea al mismo tiempo el fundamento del trato diferencial.

#### b) *Igualdad y uniformidad*

La filosofía política igualitaria corre el riesgo de incurrir en excesos jacobinos o uniformadores, y es que la idea de que las minorías culturales no puedan ser objeto de discriminación genera una idea correlativa: que tampoco parecen lícitos los privilegios o exenciones, que el régimen común en materia penal, civil, tributaria, educativa, etc., no puede quedar exceptuado en atención a las peculiaridades culturales de los individuos. Como se ha dicho, las «clasificaciones» legales no deben basarse en las creencias, opiniones o costumbres de los destinatarios del Derecho, y esto vale tanto para «lo bueno» como para «lo malo», para las cargas igual que para las ventajas; en suma, los derechos y los deberes se distribuyen en función de otros elementos. Con lo cual puede ocurrir que la no discriminación de las minorías haya de pagar un alto precio: su eliminación por vía de asimilación; una ley igual para todos puede conducir justamente a la supresión de las particularidades que definen a la minoría, pues si sólo existe una forma de contraer matrimonio, una sola opción educativa, una religión oficial, unas obligaciones y cargas comunes y universales, y así sucesivamente, puede ocurrir que la minoría tenga que optar entre su desaparición o la ilegalidad. Pero, ¿cómo evitarlo?, ¿existe algún principio de justicia que impida ese resultado? y, en caso afirmativo, ¿cómo articularlo jurídicamente?

Respeto a la diferencia y defensa de la tolerancia son dos ideas difícilmente escindibles; además, la tolerancia aparece íntimamente unida a una de las pri-

meras minorías que registra la historia europea, las minorías religiosas (*vid.* G. Peces-Barba, 1988, pp. 119 y ss.). Por tanto, parece razonable que entre los mecanismos que propone E. Fernández para la efectiva protección de las minorías figure precisamente la «institucionalización de la tolerancia», esto es, el respeto por «las creencias y opiniones de los otros y el reconocimiento de la diferencia y de la diversidad de formas de vida» (E. Fernández, 1992, pp. 78 y ss.). Ya hemos advertido que no profundizaremos en el concepto de tolerancia, pero tampoco cabe olvidar que, de acuerdo con su sentido histórico, la tolerancia no es todavía libertad ni, mucho menos, igualdad; se tolera aquello que se considera un mal, aunque un mal tolerable, y, sobre todo, quien tolera adopta una posición de superioridad respecto del tolerado [*vid.* J. de Lucas, 1993 (b), pp. 269 y ss.].

Ciertamente, es posible que la idea actual de tolerancia se haya independizado de esas connotaciones históricas y que pueda identificarse sin más con el pluralismo, es decir, con aquella actitud que reconoce y aprueba la variedad y la diferenciación religiosa, valorativa, social y política (*vid.* O. Höffe, 1988, p. 134). Así lo hace Höffe cuando escribe que «mientras que el pluralismo subraya la variedad de grupos libres con igualdad de derechos, la tolerancia enfatiza la vigencia y la garantía de la libertad de los demás; mejor aún: el respeto de las concepciones y formas de comportamiento de los demás en su libre diferenciación» (O. Höffe, 1988, p. 141; asimismo, E. Fernández, 1992, p. 78). También Ferrajoli insiste en que la tolerancia *moderna* «consiste en el respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los puntos de vista», pudiéndose definir «como la atribución a cada persona de un mismo valor» (L. Ferrajoli, 1989, p. 948). Por tanto, cualquiera que sea la denominación que usemos (tolerancia o, mejor, pluralismo), la exigencia consiste en respetar y aprobar las diferencias; un modelo pluralista es aquel que protege por igual las distintas concepciones éticas o religiosas, que acepta indistintamente la variedad de creencias y proyectos de vida, considerándolos incluso como un elemento enriquecedor que facilita el ejercicio de la libertad.

El «pluralismo político» aparece reconocido como «valor superior» en el artículo 1.1.º, si bien el Tribunal Constitucional no ha tenido inconveniente en extenderlo a otras áreas, como la educativa (STC 13-2-1981) o la de los medios de comunicación (STC 31-3-1982). Con todo, el problema no reside en el reconocimiento del principio, sino en su concreta articulación jurídica cuando las prácticas o costumbres de los grupos minoritarios resultan, no ya exóticas, sino en abierto conflicto con el Derecho: comisión de delitos, conductas discriminatorias, restricción de derechos fundamentales, etc. Sin necesidad de aportar documentación, pensemos en algunos ejemplos bien conocidos: negativa a



realizar el servicio militar u otras prestaciones obligatorias, rechazo del juramento, de las transfusiones de sangre o, en general, de tratamientos médicos, bigamia, repudio, falta de autonomía para contraer matrimonio, prácticas discriminatorias sobre la mujer, manipulación de los órganos sexuales de menores, violación más o menos consentida de la correspondencia, de la intimidad o de otros derechos fundamentales, etc. No hace falta añadir que cuanto más confesional o fundamentalista se muestra un orden jurídico tanto mayores serán las posibilidades de conflicto.

Parece que, en línea de principio, el Derecho sólo puede adoptar alguna de estas tres respuestas: olvidarse de la tolerancia y aplicar la sanción o consecuencia jurídica que corresponda; considerar lícita la conducta, lo que equivale a olvidarse del deber jurídico; o, en fin, recurrir a una solución intermedia, la llamada objeción de conciencia, que transforma en permitido un comportamiento de otro modo prohibido u ordenado, y que lo hace precisamente con carácter excepcional en atención a los motivos religiosos, morales o de conciencia del individuo disidente, de la minoría. Es probable que, según los casos, las tres respuestas estén justificadas.

Comenzando por la última, es fuerte la tentación de ver en la objeción de conciencia un modo satisfactorio de garantizar el pluralismo y la posición de las minorías (así lo hace E. Fernández, 1992, p. 79), pues con ella se consigue que las mayorías sigan observando sus propias reglas sin detrimento de las diferencias culturales que caracterizan a los grupos disidentes. En efecto, por objeción de conciencia debe entenderse «un derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico... Son presupuestos habilitantes para el ejercicio del derecho, de un lado, y como es obvio, venir llamado al cumplimiento del deber y, de otro, mostrar una conciencia contraria a la realización de la conducta que constituye el contenido del deber. La consecuencia jurídica del ejercicio del derecho, esto es, su finalidad, consiste en lograr la exención del deber sin sufrir al mismo tiempo la reacción que el ordenamiento prevé para el incumplimiento de la obligación» (M. Gascón, 1990, p. 249). Sin embargo, hay dos motivos que desaconsejan o que exigen actuar con cautela a la hora de diseñar o aceptar objeciones de conciencia.

El primero es la desde antiguo conocida incapacidad de las técnicas jurídicas para penetrar en el insondable mundo de la conciencia, de su sinceridad y de sus motivaciones últimas. Porque, en efecto, si nos tomamos en serio que la objeción de conciencia consiste en rehusar el cumplimiento de un deber jurídico *por motivos de conciencia moral*, entonces el Derecho no podría dejar de verificar en cada caso la existencia de esos motivos. Sin embargo, bien pensa-

do, esto no sucede siquiera en la única objeción de conciencia regulada (servicio militar), pues el Consejo Nacional de la Objeción de Conciencia, a la hora de examinar las solicitudes, se mueve entre una verificación formal (e inútil) y una fiscalización administrativa (e intolerable para la intimidad) (*vid.* M. Gascón, 1990, p. 324). Y algo parecido cabe decir de la objeción de conciencia al aborto: el Tribunal Constitucional consideró que no era necesario regularla porque ya estaba suficientemente amparada por el artículo 16.1.º (STC 53/1985), pero ¿esto no equivale a renunciar a cualquier procedimiento en orden a verificar la sinceridad de la conciencia?, ¿no equivale a reconocer que cualquier médico está amparado por el mero hecho de rehusar la práctica del aborto? Ciertamente, en el caso de las minorías, que son grupos relativamente homogéneos e identificables, el problema podría venir resuelto por la adscripción del individuo al colectivo, pero esto pone de relieve una segunda dificultad.

En efecto, mantener la exención de un deber jurídico o de la responsabilidad correspondiente en atención a motivos ideológicos, religiosos o, en general, de conciencia, supone *a sensu contrario* que, de no concurrir tales motivos, el deber resultaría inexorable y la responsabilidad exigible. Pero esto equivale sencillamente a erigir dichos elementos ideológicos en un factor de discriminación en orden al cumplimiento de deberes jurídicos, lo que puede entrar en conflicto con el mandato del artículo 14. La objeción de conciencia responde al principio de que «hay que tratar de forma desigual lo que es desigual», pero, como vimos en el primer epígrafe, las razones que militan en favor de la diferenciación han de superar una tan fuerte como la que postula el trato igualitario, máxime cuando el criterio clasificador pretende ser la ideología, que es uno de los contemplados en el artículo 14.

Naturalmente, esto no significa que la objeción de conciencia sea una institución inservible como modo de articular el respeto al pluralismo y a la diferencia; significa tan sólo que hay que administrarla con cautela, sin perder de vista la importancia de los bienes jurídicos tutelados por la norma objetada y las exigencias que derivan del principio de igualdad. Por eso, la objeción constituye una fórmula particularmente adecuada para exonerar de aquellos deberes jurídicos que reúnan estas dos características: *a)* que sean deberes establecidos en beneficio de un interés público o colectivo cuya satisfacción requiere de pequeñas contribuciones por parte de numerosos individuos, y no en favor de bienes jurídicos de personas determinadas, cuya protección exige el cumplimiento del deber por parte de todos y cada uno de los obligados (*vid.* J. Raz, 1979, pp. 347 y ss.); *b)* que tales deberes no comprometan el principio de igualdad o que, de hacerlo, puedan ser sustituidos por otras prestaciones

equivalentes: el personal sanitario que rehúse practicar abortos realizará otras tareas, el llamado al servicio militar cumplirá otro género de servicios, etc.

Pero deducir de estas dificultades el triunfo del deber y el desprecio de las diferencias sería de todo punto inadecuado. Precisamente, lo que pone de relieve la argumentación anterior es que, cuando aceptamos que una conciencia disidente *debería ser* exonerada frente a un mandato legal y que la única razón que se opone es el respeto al principio de igualdad entre todos los ciudadanos, dicho mandato *no debería existir*. Ciertamente, no parece que todo conflicto entre la ley y la conciencia deba resolverse en favor de ésta; de ser así, por ejemplo, deberían considerarse justificados los sacrificios humanos que pudiera practicar algún grupo religioso. Pero que el triunfo de la conciencia no pueda sostenerse siempre, tampoco significa que no deba defenderse nunca: ¿en qué casos cabe otorgar una preferencia jurídica a la conciencia sobre la ley? Detrás de esta pregunta se esconden decisiones cardinales del modelo de convivencia, pues, en suma, se trata de saber cuándo el Derecho puede imponer deberes jurídicos y limitar de un modo u otro la libertad de las personas, cuándo puede o debe amenazar con una sanción ciertos comportamientos.

No podemos despejar aquí tan difíciles interrogantes, pero tampoco ocultaré mi simpatía por la propuesta de Mill: «la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo» (J. S. Mill, 1859, p. 32). Si bien se mira, numerosas objeciones desaparecerían de seguir este criterio; y con ello algunas minorías culturales *de iure* dejarían de serlo.

Es cierto que el criterio del daño a terceros deja abiertas algunas interrogantes o casos dudosos. Por ejemplo, el del papel del consentimiento y su virtualidad en la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales, o el de la posición de los menores, donde confluyen las facultades de patria potestad y las competencias protectoras del Estado; sin duda, no sería aceptable la mutilación o cualquier forma de lesión sobre menores, pero es más discutible el caso de algunas tradiciones (*v. gr.*, el uso del velo) que responden por igual a imperativos religiosos y a designios de discriminación de la mujer. Con todo, me parece que en línea de principio no cabe avanzar mucho más: el criterio comentado marca una frontera entre el respeto al pluralismo y a la disidencia y la protección de bienes jurídicos fundamentales.

Tampoco cabe ocultar, sin embargo, que en estos casos dudosos se encuentra actualmente el núcleo del conflicto, al menos en los países dotados de Constitución liberal, pues en los demás de cualquier forma confesionales o fundamentalistas el conflicto ha de resultar por fuerza más amplio e intenso. Porque, en efecto, la tesis de Mill, que expresa el punto de vista liberal, presenta un límite claro al pluralismo: la protección de terceros y, en especial, como es lógico, de los menores. Su premisa es el valor absoluto del individuo y de su autonomía o, como diría Kant, que nadie puede ser tomado como medio, sino sólo como fin en sí mismo (*vid.* I. Kant, 1785, pp. 84 y ss.). Ahora bien, parece claro que estos valores son propios de la cultura occidental, pero no de otras más «comunitaristas», donde el individuo se concibe como un instrumento al servicio de un plan general; y que, por consiguiente, mantener esta tesis equivale, en último término, a defender la superioridad de nuestra civilización sobre las demás; equivale a reconocer que, al menos en este punto, no hay respeto a la diferencia. Según creo, el punto de vista de E. Garzón expresa muy bien las que pudiéramos llamar razones del antirrelativismo: las diferencias que incrementan la coacción y el engaño no merecen ser conservadas [*vid.* E. Garzón, 1992 (b), pp. 519 y ss.].

Así pues, el liberalismo es, como su nombre indica, muy liberal, pero sólo con quienes aceptan sus premisas fundamentales, y, en particular, la de que el diseño autónomo y no comunitario de un plan de vida personal resulta algo valioso. Su ventaja reside precisamente en que dichas premisas —al margen de que nos parezcan mejores— resultan mucho menores en número y en exigencias que las de cualquier otra concepción de la comunidad política, pero incluso también esto (que cuantas menos exigencias tanto mejor) resulta ser un valor de la autonomía y del liberalismo. Acaso debamos seguir manteniendo la superioridad de nuestra cultura, pero, al menos, sin añadir que nuestra cultura liberal se caracteriza porque en ella tienen cabida todas las demás, pues sencillamente tal cosa no es cierta; como escribe De Páramo, las razones que persuaden y convencen a los liberales para ser neutrales entre las distintas concepciones del bien, «también les persuaden para no ser neutrales entre las concepciones individualistas y comunitarias del bien» (J. R. de Páramo, 1992, p. 112).

### c) *Igualdad y función promocional*

En un apartado anterior hemos tratado el problema de la igualdad de las minorías desde la perspectiva de su no discriminación, manteniendo que en

nuestro modelo constitucional la pertenencia a un grupo cultural diferenciado no puede servir de fundamento a ninguna privación o restricción de derechos o de estatus. Sin embargo, la igualdad no se lesiona sólo cuando se establecen desventajas o limitaciones en contra de un grupo, sino también cuando se arbitran privilegios en favor de otro grupo «competitivo» o del mismo carácter, al que convencionalmente podemos llamar mayoría. Éste es un problema que guarda alguna relación con el de la discriminación inversa o igualdad sustancial, pues se trata de ayudar o fomentar la realización de ciertos fines o la actividad de determinados grupos, pero presenta una importante diferencia: aquí no se trata de arbitrar una desigualdad *de iure* para eliminar una previa desigualdad *de facto*, sino al contrario, de acentuar esta última bajo la justificación de que los grupos más numerosos y fuertes requieren una particular tutela del poder público; todo ello según una discutible aplicación del principio del Estado social al ámbito de los derechos sociales y políticos.

Un ejemplo paradigmático lo ofrece el Derecho eclesiástico español, en cuyo régimen de confesiones es posible distinguir las siguientes categorías: la Iglesia católica, citada en la Constitución y cuyo régimen jurídico presenta un origen pacticio con rango internacional; las confesiones inscritas y que hayan concluido un acuerdo de cooperación con el Estado; las demás confesiones inscritas; aquellas comunidades que no merecen (o no desean) el calificativo de confesión y que desarrollan su actividad en el marco ordinario de la licitud jurídica, dado que, por paradójico que parezca, en nuestro sistema no es religiosa la comunidad que así lo proclama, sino la que recibe esta etiqueta del Estado; los individuos y grupos que no profesan ninguna religión y que se definen negativamente frente a los grupos anteriores, y, por último, las sectas o minorías perseguidas (*vid.* L. Prieto, 1993). Prescindiendo de estas últimas, cuya ilegalidad implica un conflicto con el Derecho y que, por tanto, han sido implícitamente estudiadas en el epígrafe anterior, ¿cuál es el criterio de esta clasificación?, ¿en qué radica la desigualdad de trato?

Pues bien, dicha desigualdad no se proyecta sobre el ejercicio de los derechos que son propios de la libertad ideológica y religiosa; cualquier manifestación de religiosidad, mayoritaria o minoritaria, de ateísmo, agnosticismo o indiferentismo se halla en lo sustancial equiparada por lo que se refiere a profesar la creencia que se desee o no profesar ninguna, a expresar libremente la propia opinión o abstenerse de hacerlo, reunirse, manifestarse o asociarse en torno a una ideología o credo común, realizar e impartir enseñanza o catequesis, practicar actos de culto, etc. No hay, por tanto, discriminación en el viejo sentido de privación de derechos o estatus. Las diferencias, en cambio, se cifran en las

múltiples facetas que adopta el llamado principio de cooperación, que recoge el artículo 16.3.º de la Constitución: dotaciones presupuestarias y beneficios fiscales, asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, hospitales y cárceles, acceso a los medios de comunicación, reconocimiento de un estatus particular a los ministros de culto, eficacia civil de los matrimonios religiosos, presencia de la catequesis en las escuelas públicas y apoyo a la enseñanza confesional, etc.; cooperación que —no hace falta añadir— se dirige muy principalmente a la Iglesia católica y que, en todo caso, es directamente proporcional al carácter mayoritario de la confesión: el Estado, dice el artículo 7.1.º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, podrá establecer acuerdos de cooperación con las iglesias o confesiones «inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España», y precisamente tales acuerdos constituyen el instrumento para alcanzar las ventajas indicadas. Todo lo cual viene a poner de relieve que el grueso del Derecho eclesiástico está constituido por normas especiales que establecen privilegios en favor de determinados grupos, justamente de los mayoritarios; el principio de cooperación se traduce así en una posición «de ventaja con respecto a otras agrupaciones sociales por el simple hecho de ser confesiones» (I. C. Ibán, 1987, p. 209).

Este modelo cooperativo parece ser la resultante histórica de dos tendencias o líneas de fuerza diferentes: de un lado, la evolución habida en países de confesionalidad católica (España e Italia) o de dos grandes iglesias reconocidas de importancia equivalente (Alemania) que, habiendo asumido los principios de igualdad y no discriminación, han querido conservar también unas relaciones especiales o privilegiadas con la confesión dominante, no cediendo, pues, a la tendencia uniformadora propia del separatismo laico; así, el principio de cooperación ha venido a ofrecer cobertura constitucional para la reformulación o simplemente para el mantenimiento de instituciones y técnicas de claro sabor confesional. De otra parte, la proyección en el ámbito del Derecho eclesiástico de los postulados del Estado social y, en particular, de la concepción promocional y prestacional de los derechos humanos; de este modo, cooperar con las confesiones tiende a concebirse (o simplemente a justificarse) como una plasmación del artículo 9.2.º. Sea como fuere, este distinto origen permite dudar si determinados preceptos o decisiones responden al propósito de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa o de fomentar la religión, si están al servicio de los derechos fundamentales o son simples residuos de confesionalidad. De ahí que la proyección del Estado social en el ámbito del régimen eclesiástico resulte difícilmente armonizable con el principio de igualdad o no discriminación religiosa, así como con el postulado de la aconfesionalidad del

Estado; en palabras de Peces-Barba, con ello «no se progresa en dimensiones igualitarias de la libertad, sino que, por el contrario, se ahondan las diferencias» en favor de los más poderosos (G. Peces-Barba, 1989, p. 69).

Si bien el caso comentado puede ser uno de los mejor articulados jurídicamente, seguramente no es el único en el que el ejercicio de la libertad pretende ser subvencionado; piénsese, por ejemplo, en los partidos políticos, en el mecenazgo público de opciones éticas o estéticas, en la especial protección de lenguas o culturas, etc. Incluso no faltan intentos de justificar, desde el liberalismo, este fomento de los derechos de libertad o, mejor dicho, de justificar el fomento privilegiado o discriminatorio de ciertas formas de usar la libertad o de entender la cultura. La posición de Taylor en defensa de la discriminación positiva de las mayorías y, en concreto, del uso de la lengua francesa en la provincia de Québec me parece que sigue esta orientación: respetados los derechos fundamentales, como la vida, la libertad o las garantías procesales, nada impide que un Estado liberal acuerde medidas en favor de la mayoría, medidas que son importantes para esa mayoría, pero que no lo son para las minorías que no ven lesionados sus derechos básicos (*vid.* Ch. Taylor, 1992, pp. 84 y ss.). La argumentación me parece poco clara y, en todo caso, deja dos interrogantes abiertos: si para la población francófona es importante que los letreros aparezcan en francés, ¿cómo convencer a los demás de que esto no es importante?; y, segundo, ¿cabría considerar razonables esas mismas medidas en el resto del Canadá?

En suma, la aplicación de la función promocional a las libertades civiles y políticas equivale a considerar tales libertades como necesidades básicas (*vid.* sobre necesidades y derechos fundamentales, M. J. Añón, 1992, pp. 100 y ss.; 1994, pp. 259 y ss.), y no cabe duda de que en un cierto sentido lo son, pues resultan indispensables para que cada individuo construya su plan de vida. Sin embargo, se trata de necesidades muy distintas a las de carácter material, como la salud, la vivienda, la educación o la asistencia social, que son justamente las que dieron vida al llamado Estado social y a los derechos económicos, sociales y culturales. Una diferencia importante es que la finalidad perseguida por los derechos sociales se agota en su propio objeto (la salud, la vivienda), mientras que la finalidad perseguida con el ejercicio de la libertad religiosa, ideológica o política depende de las concepciones del bien o de la justicia que defiende cada titular. Por ello, subvencionar la vivienda consiste sólo en eso, en subvencionar algo que se considera una necesidad, mientras que subvencionar la libertad religiosa o política se traduce, a la postre, en subvencionar unas determinadas formas de entender la religión o la política.

Ciertamente, nada habría que objetar si esa ayuda se repartiase por igual entre todas las opciones, pues cualquier otro criterio de reparto encuentra una difícil justificación: si se escoge el elemento minoritario o no dominante de la opción ideológica o religiosa se estará premiando como presuntamente injusta esa posición cuando tal vez es minoritaria porque, desde cualquier punto de vista de moral social o de moral crítica, merece serlo; y si, al revés, se toma como criterio el carácter mayoritario o dominante, además de reproducir esa presunción ahora no menos injustificada, se vendrá a acentuar por vía institucional una desigualdad de hecho. En todo caso, cualquiera que sea el criterio que se adopte, la subvención de la libertad concluye en una subvención de las opciones éticas, políticas o religiosas que constituyen el resultado o la finalidad de su ejercicio; es como si en lugar de decir que los individuos tienen derecho a una lengua, a una cultura o a una religión, mantuviéramos que las lenguas, las culturas o las religiones ostentan un derecho a poseer individuos (*vid.* F. Baroncelli, 1994, p. 20); y de aquí al Estado ético no hay más que un paso. Lo cierto es que en la práctica los Estados contemporáneos parecen orientarse hacia una especial protección de las mayorías culturales, invocando, a veces, la justificación que ofrecen los derechos sociales o de prestación. Sin embargo, las diferencias son patentes: así como en los derechos sociales el criterio es la necesidad del sujeto, entendiéndolo que a peor posición de hecho debe corresponder una mejor posición de Derecho, en el caso de las libertades el criterio es la necesidad del grupo, entendiéndolo que, cuanto más amplio, poderoso e influyente resulte, mayores serán sus necesidades. De este modo, el Estado social proyectado sobre los derechos civiles y políticos o, mejor dicho, sobre los derechos que no son por naturaleza prestacionales presenta un efecto perverso, ya que el trato desigual, en lugar de servir para eliminar o aminorar una desigualdad de hecho, sirve justamente para incrementarla.

Recapitulando a propósito de la posición jurídica de las minorías culturales en un régimen constitucional como el español (o en una cierta interpretación del mismo), hemos llegado en lo sustancial a las siguientes conclusiones: primero, al menos en el ámbito público, no existe discriminación si por tal se entiende tomar la pertenencia a una minoría como criterio de restricción o limitación en el ejercicio de los derechos o en la adquisición de cualquier estatus jurídico; los rasgos étnicos, religiosos, lingüísticos o, en general, culturales no sólo no constituyen una razón que permita esa discriminación, sino que, al contrario, son razones que impiden —en el sentido no absoluto del artículo 14— trazar cualquier diferenciación. Segundo, la identidad de toda minoría cultural se halla salvaguardada con el único límite de la protección de los bienes o derechos de terceros, dado

que, con carácter general, el orden jurídico no puede imponer comportamientos por el mero hecho de que los considere virtuosos o acordes con las pautas culturales dominantes; sólo en los casos límite donde se ponga en juego la autonomía de otras personas el conflicto deviene insuperable y entonces la tendencia hacia la uniformidad que alienta el universalismo triunfa o se impone sobre el respeto a las diferencias que estimula el relativismo. Tercero, las mayorías culturales gozan de un tratamiento privilegiado en atención a las presuntas «mayores necesidades» que genera su posición dominante. De aquí cabe deducir una última conclusión: el viejo Derecho discriminaba a las minorías por la vía negativa de limitar su libertad o sus derechos, mientras que el nuevo Derecho sigue discriminando pero por la vía positiva de subvencionar, fortalecer o, de cualquier manera, ayudar a las mayorías; para decirlo brevemente, la discriminación se ha trasladado de la estructura del Estado de Derecho a la lógica del Estado social.

Esta última conclusión no deja de ser preocupante desde la perspectiva del pluralismo, pues en una sociedad tan compleja y tecnificada como la actual el fomento o la promoción pública de las opciones mayoritarias casi equivale a condenar al ostracismo a todas las demás. Lo cual no sólo puede reputarse discriminatorio, sino que representa también un virus que esclerotiza el desarrollo de la conciencia crítica y, por tanto, la participación consciente en la vida política; es decir, no sólo afecta a la igual libertad, sino también al ejercicio de los derechos políticos que son la base de la democracia. Según creo, ésta es una de las razones —no la única, desde luego— que explican la actual pérdida de pulso de la democracia representativa.

## 5. LAS MINORÍAS ECONÓMICAS. NOTA SOBRE LAS RAZONES DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

### a) *Un cambio de perspectiva*

Hasta aquí hemos venido utilizando una noción de minoría basada en rasgos culturales, como la religión, las costumbres, la lengua, etc., entendiendo que la minoría es un grupo humano relativamente cohesionado que, dentro de una comunidad más amplia, ocupa un papel no dominante o sufre incluso discriminación social o jurídica en atención precisamente a esos rasgos culturales; esto es, la naturaleza no dominante o discriminatoria obedece *sólo* a la religión, la lengua, etc. Sin embargo, nada se ha dicho aún de las posiciones de desventaja socioeconómica, del nivel de riqueza o bienestar.

Sin embargo, como se indicó en un epígrafe anterior, existe una acepción de minoría donde ese dato de «grupo no dominante» se hace girar en torno, no a rasgos culturales, sino a elementos económicos, o bien a carencias o minusvalías de hecho más o menos traducibles en términos económicos; por ejemplo, niños y ancianos, enfermos y disminuidos físicos, pobres en general, etc. Ciertamente, se trata de una categoría heterogénea, pues agrupa a minorías que se definen en función de muy distintos elementos. Con todo, cabe decir que presentan un punto en común, y es que se hallan en una situación de desventaja de hecho frente a la media del conjunto de la población; situación que puede ser eliminada o paliada mediante la prestación de bienes o servicios; en suma, mediante una intervención social o económica que implica un trato formalmente desigual. Como es lógico, ambos conceptos de minoría pueden coincidir: un grupo diferenciado por su pertenencia étnica o por su religión puede sufrir además discriminación socioeconómica y ocupar los escalones más bajos de la pirámide social, y bien pudiéramos llamar a estos grupos «las minorías de las minorías»; tal es el caso de los emigrantes africanos en Europa, de los chicanos en Estados Unidos, etc.

Las minorías socioeconómicas, tanto si coinciden con las minorías culturales como si no lo hacen, plantean un problema de igualdad de hecho o sustancial, o también de discriminación inversa. Esto es, se trata de decidir si el rasgo o elemento que da vida a la minoría (edad, enfermedad, pobreza) constituye una de aquellas desigualdades fácticas parciales que autorizan una diferenciación normativa —un trato desigual en sentido estricto— tendente u orientada precisamente a la eliminación de dicha desigualdad fáctica. Ya hemos dicho que la segunda parte del principio de igualdad —tratar de forma diferente lo diferente— no es razón que imponga siempre medidas de discriminación inversa; éstas requieren la concurrencia de otras razones que muestren el carácter «inmerecido» de la desigualdad fáctica y que postulen como una exigencia de justicia la recomposición de la igualdad de hecho, aun a costa de la desigualdad formal o jurídica.

Visto desde la perspectiva de la tolerancia, si las minorías culturales postulaban un tratamiento igualitario y, por tanto, tolerante, estas otras minorías socioeconómicas parecen exigir un trato intolerante; en el sentido, como es lógico, de que pueden resultar intolerables las circunstancias de hecho que dan vida a una de estas minorías, de que no se debe ser tolerante con el hambre y la miseria. Como escribe Ferrajoli, «el principio (o deber) de tolerancia sirve para fundar el conjunto de los derechos de libertad», pero, además, «debe hablarse de un principio (o deber) de no tolerancia, que vale para fundamentar

el concepto de los derechos sociales»: aquello que está en la base de los derechos civiles, creencias y planes de vida, debe ser tolerado; aquello otro que está en la base de los derechos sociales, carencias o pobreza, no debe tolerarse (L. Ferrajoli, 1993, p. 289).

Naturalmente, no es éste un tema que podamos abordar aquí, ni en términos generales, ni, mucho menos, en relación con los rasgos que definen a las distintas minorías socioeconómicas. Sin embargo, creo que al menos conviene esbozar una respuesta a dos interrogantes fundamentales: primero, qué tipo de justificación cabe alegar en favor de la igualdad sustancial, qué clase de argumentos pueden avalar una quiebra de la igualdad jurídica que tenga como fin recomponer la igualdad de hecho. Y, segundo, si tales argumentos pueden llegar a fundamentar una obligación constitucional de los poderes públicos efectiva y concretamente exigible. El primero es un problema de filosofía constitucional, mientras que el segundo plantea dificultades de técnica constitucional.

#### b) *La justificación de la igualdad sustancial*

Como es sabido, las filas del pensamiento liberal cuentan desde antiguo con rigurosos críticos de la igualdad material y de los derechos sociales (*vid.* L. Prieto, 1990, pp. 43 y ss.; M. E. Fernández, 1993, pp. 59 y ss.). Hayek, en un libro que significativamente titula *Camino de servidumbre* y que dedica «a los socialistas de todos los partidos» (todos los partidos socialistas de 1944, claro está), expresa perfectamente este punto de vista: «la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos... toda política dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho» (F. A. Hayek, 1944, p. 111).

Bien es cierto que el propio pensamiento liberal ha alumbrado posiciones más igualitarias. Por citar sólo algunos ejemplos bien conocidos, el segundo principio de justicia de Rawls exige que las desigualdades sociales y económicas «deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad» (J. Rawls, 1988, p. 13), sosteniendo asimismo que «las desigualdades inmerecidas requieren una compensación» (J. Rawls, 1971, p. 123). Y Dworkin, por su parte, tampoco encuentra ningún inconveniente para articular en forma de derechos las pretensiones orientadas al bienestar y a la eliminación de algunas desigualdades socioeconómicas (*vid.* R. Dworkin, 1977, pp. 491 y ss.). Sin embargo, interesa destacar que en esta línea del pensamiento liberal la justificación de los derechos sociales y de las

medidas igualitarias no aparece, por lo general, imbricada con la justificación de la libertad y de los derechos básicos (civiles), entre ellos la propia igualdad formal o *de iure*, sino que responde a consideraciones distintas y, desde un punto de vista moral, de «segundo nivel»: la compensación de las desigualdades, confiesa Rawls, es sólo un principio *prima facie* que debe ser ponderado «con los principios del mejoramiento del nivel medio de vida o de la promoción del bien común» (J. Rawls, 1971, p. 123), justo al contrario de lo que ocurre con la libertad, que «sólo puede ser limitada en aras de la libertad misma» (J. Rawls, 1971, p. 122). Los derechos sociales son para Dworkin derechos «putativos», pues funcionan únicamente como expresiones del utilitarismo, «para confirmar la justificación colectiva y no para triunfar sobre ella» (R. Dworkin, 1977, p. 494).

Desde mi punto de vista, ésta es una justificación débil o devaluadora de la igualdad material y de los derechos sociales, que escinde artificialmente el universo humano en dos dimensiones separadas, la jurídico-política y la socio-económica, la del hombre abstracto y la del individuo histórico-concreto. Comparto por ello la opinión recientemente expresada por Emilia Bea: «en una concepción de la autonomía que integre la dimensión positiva de la libertad, la capacidad para promover, modificar y hacer efectivas las propias preferencias, exige una capacidad real para el autogobierno y la realización del plan de vida personal. Desde este punto de vista también la pobreza, aparte de las interferencias externas, reduce nuestra capacidad de elegir entre distintas alternativas» (E. Bea, 1993, p. 116).

De ahí que una justificación fuerte de la igualdad material haya de entroncar con los principios de dignidad y de autonomía que constituyen el fundamento de la igualdad formal y del conjunto de derechos básicos; si éstos se proponen como universales o comunes a toda la familia humana, precisamente porque la dignidad y la autonomía son ideales indivisibles, es preciso mostrar que al menos algunas medidas de discriminación inversa constituyen un requisito o condición de dicha universalidad. El argumento me parece especialmente poderoso por cuanto no apela a consideraciones finalistas o de utilidad social, propias de la eficacia del sistema económico, sino a los propios derechos fundamentales que representan hoy la articulación jurídica de las exigencias básicas de la justicia. Dicho de otro modo, si no es una broma que los derechos son «innatos e inalienables de todos los miembros de la familia humana» (Declaración Universal, 1948), su imposible o difícil ejercicio por motivos de hecho constituye una buena razón para reclamar aquellas desigualdades en el tratamiento jurídico (en el reparto de recursos) que sean necesarias

a fin de que «la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», según dice la Constitución (art. 9.2.º). Sencillamente, no comparto la idea de Rawls según la cual el hambre o la incultura afectan, no a la libertad, sino al valor de la libertad, esto es, a la capacidad que cada cual tiene para disfrutar de su libertad (J. Rawls, 1971, p. 237). Por el contrario, la miseria en todas sus formas afecta a la propia libertad, del mismo modo que existe una «continuidad entre las dimensiones formal y material de la igualdad. Ambos aspectos de este valor fundamental no pueden concebirse como compartimentos estancos, o como ideales contradictorios» (A. E. Pérez Luño, 1981, p. 274).

Kant ha sido probablemente uno de los principales responsables teóricos del triunfo de la igualdad formal o jurídica en detrimento de cualquier medida favorable a la igualdad fáctica o sustancial. El famoso «reino de los fines», que exigía prescindir «de las diferencias personales de los seres racionales y asimismo de todo contenido de sus fines privados» (I. Kant, 1785, p. 90) encuentra su traducción política en un modelo de Estado que ha de renunciar a cualquier interferencia económica dirigida al bienestar —que es propia del Estado paternalista, «el más despótico de todos»— para limitarse a garantizar a cada cual la facultad de buscar su propia felicidad por los caminos que estime más adecuados (I. Kant, 1797, p. 147). Aquí terminan, pues, los fines del Derecho (justo) y lo que los individuos pueden esperar de él: asegurar la coexistencia de las libertades y el desarrollo de las propias fuerzas y capacidades para que cada uno pueda alcanzar sus fines propios (*vid.*, más ampliamente, L. Prieto, 1992, pp. 291 y ss.). Ninguna desigualdad jurídica en aras de la libertad material tiene aquí cabida.

Sin embargo, bien mirado, será el propio Kant quien proporcione indirectamente uno de los principales fundamentos teóricos de la igualdad material. Porque, en efecto, Kant afirma que todos los hombres nacen libres e iguales, pero que no todos son independientes; la independencia, que consiste en «no agradecer la propia existencia y conservación al arbitrio de otro» (I. Kant, 1797, p. 143), representa la condición de ciudadano y de ella se ven privados, por ejemplo, los niños, las mujeres o los trabajadores manuales. Pues bien, recuperar el requisito de la independencia personal como un atributo análogo a la libertad o igualdad significa elevar la satisfacción de necesidades a pretensiones jurídicamente articulables. En otras palabras, si concebimos que las condiciones materiales de existencia se hallan implicadas en el ejercicio de la libertad —como concebía el propio Kant— y que ésta debe distribuirse igualitariamente y, desde luego, sin excluir a nadie, ello constituye una buena razón

para arbitrar tratamientos jurídicos diferenciados en favor de quienes padecen una desigualdad fáctica. Kant no se equivocaba: no se puede ser un ciudadano activo sin independencia, y el sufragio universal fue una conquista valiosa, pero que partía de la ficción de suponer que todos eran realmente iguales porque lo eran jurídicamente. Los derechos básicos no pueden ser universales sin un cierto grado de independencia kantiana —de bienestar y de autonomía efectiva— y, por tanto, si *deben ser* universales, entonces la independencia también *debe ser*.

Naturalmente, que la independencia *deba ser* representa una justificación tanto de los derechos sociales como de las medidas tendentes a la igualdad material o de hecho. No se trata, desde luego, de una justificación absoluta, pues, como vimos en el epígrafe segundo, la discriminación inversa ha de conjugarse con las exigencias de la igualdad formal y con el respeto a otros derechos fundamentales. Sin embargo, lo importante es mostrar que la igualdad material se adscribe a la misma constelación de valores que el conjunto de los derechos; por tanto, que dicha igualdad representa una exigencia del artículo 14 y, con ello, una exigencia iusfundamental. Como escribe Alexy, «una adscripción exclusiva al principio del Estado social no ofrecería ni siquiera la posibilidad de la fundamentación iusfundamental de derechos subjetivos concretos a la igualdad de hecho, cualquiera que sea su delimitación. Pero... no existe ningún motivo para renunciar a esta posibilidad; al contrario» (R. Alexy, 1986, p. 414 y ss.).

### c) *La articulación jurídica de la igualdad sustancial*

Esta última consideración nos permite plantear un segundo interrogante que antes quedó enunciado: ¿en qué medida la igualdad material puede dar lugar a pretensiones concreta e inmediatamente exigibles? De entrada, conviene aclarar un aspecto que en ocasiones da lugar a equívocos, y es que en ningún momento se pone en duda la eficacia y el valor normativo de cualquier precepto constitucional. Al margen de que algunos presenten una mayor ambigüedad o textura abierta, todos ellos resultan igualmente eficaces y todos pueden servir como fundamento de un pronunciamiento judicial. La doctrina del Tribunal Constitucional es tan reiterada y unánime que no es preciso recordarla, pero sí interesa destacar que dicha doctrina se extiende también al artículo 9.2.º y que el Tribunal no ha tenido inconveniente en deducir del mismo exigencias precisas: «la idea del Estado social de Derecho (art. 1.1.º CE) y el mandato genérico del artículo 9.2.º exigen seguramente una organización del derecho a ser asisti-

do de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía» (STC 42/1982, de 5 de julio); es decir, el principio de igualdad material da lugar a una prestación específica que puede ser justificadamente exigida por el ciudadano que se halle en una situación de necesidad.

Por tanto, no se trata de discutir el valor normativo de ninguna disposición constitucional, ni siquiera de las que reconocen los llamados principios rectores de la política social y económica (*vid.* L. Prieto, 1990, pp. 192 y ss.). El problema ahora es si las exigencias de igualdad sustancial o de hecho pueden fundamentar una posición subjetiva análoga a la que proporcionan las exigencias de igualdad formal; si, con base en el artículo 14 y sin mediación legislativa, es posible reclamar una discriminación inversa del mismo modo que se reclama la eliminación de una discriminación directa. Ya hemos expresado nuestra opinión de que, desde una perspectiva de filosofía política constitucional, las dos fórmulas de la igualdad descansan en los mismos valores y se pueden reconducir al mandato genérico de igualdad contenido en el artículo 14, pero, ¿es esto técnicamente posible?

Ciertamente, existe una dificultad inicial de no pequeño alcance, y es que la igualdad de hecho se presta a múltiples interpretaciones y concepciones, sin que la Constitución contenga un programa preciso de distribución, ni una prelación exacta de las necesidades atendibles. Una «política social» desarrollada por el Tribunal Constitucional cercenaría la libertad de configuración que en este campo se reconoce al legislador, único sujeto legitimado para escoger, de entre las distintas concepciones, la que en cada ocasión debe imperar. Además, y ésta es la otra cara de la misma moneda, la igualdad material requiere importantes recursos financieros, escasos por definición, cuyo reparto forma parte también de la libertad política de quien representa la voluntad popular. Por tanto, un reconocimiento concreto de pretensiones de discriminación inversa con base únicamente en la Constitución, y sin mediación legislativa, representaría una intromisión exorbitante del Tribunal Constitucional en el ámbito de la discrecionalidad legislativa (*vid.* Alexy, 1986, pp. 410 y ss.).

Por otra parte, aunque unido a lo anterior, desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional, la igualdad formal opera de un modo muy distinto a como lo hace la igualdad material. Porque la primera, en efecto, se traduce en una exigencia negativa que se acomoda bien a la propia naturaleza del Tribunal concebido como legislador negativo; éste, cuando declara que una ley, una sentencia o una decisión viola la igualdad ante la ley desarrolla generalmente una tarea de anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del orde-

namiento. En cambio, reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material implica una tarea positiva, propiamente normativa, donde el Tribunal sustituye al legislador dado que ha de crear una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho.

Sin embargo, que la articulación jurisdiccional de la igualdad sustancial tropiece con serias dificultades no significa que sea por completo imposible. Desde luego, un reconocimiento abierto o general de pretensiones de esta naturaleza parece inviable, pero un reconocimiento matizado no debe excluirse. En concreto, creo que esa viabilidad se da en tres supuestos: primero, cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible; así sucede, por ejemplo, con el derecho a la educación del artículo 27 CE, del que deriva una concreta pretensión a obtener enseñanza gratuita en ciertos niveles educativos: «el derecho de todos a la educación (presenta) una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad...» (STC 86/1985, de 10 de julio).

El segundo supuesto tiene lugar cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional. Es el caso, antes comentado, de la asistencia letrada: la garantía de la tutela judicial efectiva, de la defensa y de la asistencia letrada en verdad no genera un derecho universal al asesoramiento gratuito de abogado, pero sí puede fundamentar una pretensión de esa naturaleza cuando el sujeto, además de hallarse en una situación de necesidad económica, resulta acreedor a la tutela que ofrece el artículo 24. Esto es, el artículo 24 protege unos derechos que se postulan como universales, de manera que, ante carencias de hecho, puede poner en marcha acciones de igualdad material; o, si se prefiere a la inversa, una medida de igualdad material se hace concretamente exigible cuando de la misma depende una garantía a la que «todos tienen derecho».

Finalmente, el último supuesto se produce cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada o apoyada por una exigencia de igualdad formal. Porque, en efecto, uno de los problemas que presenta la discriminación inversa es que suele faltar un *tertium comparationis* suficientemente sólido o convincente: que el Estado subvencione la educación o atienda las situaciones de extrema necesidad no puede ser invocado como discriminatorio por quien pretende una vivienda gratuita, pues, según hemos dicho, la Constitución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos. Otra cosa sucede, sin embargo, si los poderes públicos deciden entregar viviendas gratuitas a una

cierta categoría de personas y utiliza en la delimitación de esa categoría un criterio irracional, falta de proporción o de cualquier modo infundado; entonces, una pretensión de igualdad material, en principio no exigible ante el Tribunal Constitucional, se fortalece o adquiere virtualidad gracias al concurso de la igualdad formal: el legislador *decide* que esa pretensión está justificada, pero «clasifica» mal el núcleo de destinatarios merecedores de la misma y, por tanto, quienes resultan discriminados pueden reclamar unos beneficios a los que, de otro modo, no tendrían derecho.

Ésta es la razón de ser de muchas de las llamadas sentencias aditivas del Tribunal Constitucional, es decir, de aquellas decisiones en las que el Tribunal extiende a sujetos no mencionados en la norma los «beneficios» en ella previstos; por ejemplo, la STC 103/1983, de 22 de noviembre, que extendió a los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas; o la 116/1987, de 7 de julio, que consideró que los militares republicanos ingresados en el ejército después de la sublevación del 18 de julio de 1936 merecían iguales atenciones que aquellos que lo hicieron con anterioridad. Muy probablemente, ni los viudos ni los viejos defensores de la legitimidad republicana hubiesen podido fundar una pretensión iusfundamental a la obtención de cierta clase de pensión o beneficio de no ser porque el legislador decidió previamente que tal pretensión estaba justificada para cierto colectivo. Sin embargo, y al margen de que las sentencias aditivas conviertan al legislador negativo en un legislador a secas (*vid.* F. Rubio, 1988, p. 38, y M. Gascón, 1994, pp. 66 y ss.), lo cierto es que, si son posibles, es porque resultan también posibles las pretensiones basadas en la igualdad material. Es verdad que las consideraciones de igualdad material no bastan y que se requiere además el concurso de la igualdad formal; pero esta última tampoco constituye el fundamento de la pretensión iusfundamental, sino que simplemente proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo.

La Constitución, pues, ampara directamente posiciones iusfundamentales de igualdad de hecho, si bien con un carácter fragmentario que exige el concurso de otras razones, es decir, de otros derechos o de la propia igualdad formal. Más concretamente, parece que los «complementos» que requiere la igualdad sustancial desempeñan funciones distintas. La concurrencia de un derecho prestacional inmediatamente exigible, como la enseñanza, implica la consagración constitucional de una concreta pretensión adscribible a la igualdad de hecho; que los poderes públicos tienen la obligación de prestar el servicio de la enseñanza supone por ello una toma de posición que elimina toda ulterior discusión: se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos

niveles sin necesidad de invocar el artículo 14. A su vez, la concurrencia de un derecho en principio no prestacional, como el derecho de defensa, implica una cierta presunción de que el bien tutelado es valioso y merece protección; esto es, que, entre los múltiples objetivos que pueden perseguir las acciones de discriminación inversa, hay algunos que aparecen «privilegiados» por la Constitución (los derechos fundamentales), representando, en consecuencia, una razón fuerte en favor de la adopción de medidas de igualación material. Por último, la presencia de un argumento de igualdad *de iure* o ante la ley significa que, de entrada, no existiría un derecho constitucional a prestaciones, pero que, dada la opción legislativa en favor de ofrecer esas prestaciones a ciertos destinatarios, un imperativo de racionalidad o coherencia exige su extensión a otros sujetos.

La conclusión es, pues, que tanto desde una perspectiva de filosofía política como desde un punto de vista constitucional no hay ninguna razón para expulsar a la igualdad material a las tinieblas de unos evanescentes buenos propósitos de la acción estatal. La igualdad de hecho constituye una dimensión de la igualdad a secas (art. 14 CE) y se alimenta de los mismos valores de dignidad y autonomía que constituyen el fundamento de los derechos básicos. Su exigibilidad jurisdiccional, aunque compleja, no es imposible; pero, sobre todo, su plasmación y desarrollo encuentran un indudable respaldo constitucional, que ofrece cobertura al legislador para que diseñe (cuando sea su voluntad hacerlo) las desigualdades jurídicas o formales necesarias para satisfacer las exigencias de la igualdad sustancial.

## 6. EPÍLOGO. UN PROBLEMA NO TRATADO

Los problemas de igualdad sustancial o de discriminación inversa no son específicos de lo que suele entenderse por minoría en el sentido del Pacto de Naciones Unidas, ni siquiera, en una acepción más amplia, de lo que puede entenderse por minoría cultural; es más, los sujetos beneficiarios de las acciones adscribibles a la igualdad de hecho constituyen una minoría socioeconómica y este concepto no tiene por qué coincidir con ninguna de las minorías culturales. Lo que, naturalmente, no significa que estas últimas no suelen constituir también minorías socioeconómicas, esto es, grupos que ocupan los peldaños más bajos de la escala social; incluso, es casi intuitivo pensar que, al menos en nuestras sociedades capitalistas (perdón, de libre mercado), sólo se

forma parte de una minoría cuando se padece la pobreza, y tanto peor si además el sujeto pertenece a cualquier corriente heterodoxa o «diferente». Sin embargo, me parece que, cuando una minoría cultural se hace acreedora a medidas de igualdad material, éstas se justifican por el déficit socioeconómico, no por la diferencia cultural; por ejemplo, si el Estado decide construir viviendas para los chabolistas y resulta (no tan casualmente) que la mayor parte son gitanos, sucede que éstos se beneficiarán de una discriminación inversa, pero, en línea de principio, no por ser gitanos, sino por ser chabolistas.

Ahora bien, esta «coincidencia» entre minoría cultural y pobreza o marginación plantea un problema ulterior y, al mismo tiempo, una posible confusión de planos. Me refiero al hecho, ya aludido anteriormente, de si las actuaciones de promoción y prestación pueden o deben proyectarse, no sobre bienes y servicios de naturaleza económica, sino sobre las propias peculiaridades culturales, es decir, si las técnicas del Estado social son aplicables a las minorías culturales, pero no en lo que eventualmente padecen desde una perspectiva material o económica, sino en aquello que les caracteriza como grupos culturalmente diferenciados; por ejemplo, subvencionando de un modo específico la enseñanza y transmisión de las creencias religiosas y tradiciones, reservando cuotas de representación política, etc., en suma, promoviendo el mantenimiento de la minoría como grupo singular y distinto. En cierto modo, éste es el problema de los derechos de las minorías, pero no de los derechos individuales de quienes pertenecen a las mismas, sino de los derechos especiales de las minorías como tales; se trata de las que algunos llaman minorías «by will», esto es, de aquellos grupos culturales que no sólo reclaman la igualdad liberal o la no discriminación, sino que exigen un derecho al mantenimiento de la diferencia, concebida ésta como un valor que es preciso preservar de un modo positivo (*vid.* Comanducci, 1994, pp. 5 y ss.). La cuestión resulta excesivamente compleja como para abordarla al final de esta ponencia, pero intentaré aventurar una opinión.

Escribe Javier de Lucas que «frente a las minorías con voluntad de pervivencia es preciso garantizar los derechos que aseguren la plena libertad y la igual oportunidad al desarrollo cultural y al papel activo en la vida social de las minorías en cuanto tales» (J. de Lucas, 1993, p. 17). Sin embargo, me parece que esta afirmación puede entenderse de dos maneras: una primera, indiscutible, según la cual las minorías tienen derecho a practicar su religión y costumbres, a hablar su lengua, a formar partidos y asociaciones propias, etc., de acuerdo con las exigencias de igualdad y no discriminación normativa que ya conocemos. Y una segunda, más discutible, según la cual dicha religión o len-

gua constituye un «bien» que debe ser especialmente tutelado o promovido; que debe ser, al menos, más y mejor promovido que cualquier otra religión o lengua existente en la sociedad. En ambos supuestos cabe hablar de una «voluntad de pervivencia»; sólo que en el primero se trata de una voluntad autónoma que reclama igualdad jurídica, y en el segundo de una voluntad «frágil» que reclama igualdad material.

Por las razones que ya se vieron [epígrafe 4.c)], creo que en un modelo laico, neutral y pluralista resultan muy discutibles las actuaciones de fomento de una determinada religión, ideología o cultura, incluso de todas ellas; y las razones son las mismas con independencia de que aquéllas se practiquen o profesen por una mayoría o por una minoría. Desde luego, es sorprendente y paradójica la opción seguida por el Derecho eclesiástico español, según la cual se ofrece más ayuda a quienes se muestran más poderosos, pero incluso considero difícil que la opción contraria encuentre justificación, pues ciertos «bienes espirituales» no necesitan ninguna promoción especial y, cuando no obstante se produce, ello sólo actúa en detrimento del pluralismo. Por tanto, en líneas generales, no parece que esta clase de peculiaridades ideológicas o morales representen una desigualdad fáctica parcial que justifique una desigualdad de trato; por supuesto, no la justifica con ánimo discriminatorio o de destrucción de la diferencia, pero, en mi opinión, tampoco con un propósito de privilegio o promoción. Por otro lado, sospecho que si, efectivamente, se superan las desigualdades de hecho o económicas, la posición de desventaja cultural tenderá a equilibrarse por sí sola.

Dicho esto, tampoco cabe ocultar que, en tanto subsistan manifiestas desigualdades de hecho en contra de grupos diferenciados, la promoción o protección especial de la cultura minoritaria puede estar justificada como una técnica sustitutiva y transitoria. Sustitutiva, porque se trataría de preservar unas peculiaridades culturales —étnicas, lingüísticas, etc.— amenazadas por una discriminación de hecho, operando no directamente sobre ésta (que es la verdadera causa de la amenaza), sino sobre aquéllas; y transitoria, porque su justificación sólo persiste en tanto se mantengan los efectos de dicha discriminación material. Del mismo modo, una desigualdad jurídica prolongada en perjuicio de una minoría cultural puede justificar seguidamente la adopción de medidas de protección transitorias orientadas a compensar tal desigualdad (*vid.* P. Comanducci, 1994, p. 6 y ss.). Éste es el caso, por ejemplo, de los pueblos indígenas en algunos países de América donde no fueron sin más asimilados o exterminados; de minorías nacionales largo tiempo discriminadas, etc.

## OBRAS CITADAS

- AA. VV. (1992), «Sobre la tolerancia», en *Doxa*, 11, con trabajos de D. Richards, L. Gianformaggio, A. Schmitt, J. R. de Páramo y J. de Lucas.
- AA. VV. (1993), «Un dibattito sulla tolleranza», en *Analisi e Diritto*, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, con trabajos de L. Gianformaggio, F. Baroncelli, P. Comanducci, E. Diciotti y L. Ferrajoli.
- ALEXY, R. (1986), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1993.
- (1988), «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, núm. 5.
- AÑÓN, M. J. (1992), «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en *Derechos Humanos*, J. Ballesteros (editor), Tecnos, Madrid.
- (1994), *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, C.E.C., Madrid.
- ARISTÓTELES (1983), *Política*, ed. de J. Marías y M. Araujo, C.E.C., Madrid.
- BARONCELLI, F. (1994), «Hanno le culture diritti sugli individui? Sul liberalismo distico di Charles Taylor», en *Ragion Pratica*, núm. 2.
- BEA, E. (1993), «Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X.
- BOBBIO, N. (1990), «Las razones de la tolerancia», en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, 1991.
- CALSAMIGLIA, A. (1989), «Sobre el principio de igualdad», en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid.
- CARRASCO, A. (1991), «El principio de no discriminación por razón de sexo», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11 y 12.
- CERRONI, V. (1968), *La libertad de los modernos*, trad. de R. de la Iglesia, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1972.
- COMANDUCCI, P. (1992), *Assagi di metaetica*, Giappichelli, Torino.
- (1994), «Diritti umani e minoranza: un approccio analitico e neo-illuminista», *Ragion pratica*, núm. 2.
- DWORKIN, R. (1977), *Los derechos en serio*, Trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- FERNÁNDEZ, E. (1992), «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», *Sistema*, 106
- FERNÁNDEZ, M. E. (1993), «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica liberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X.
- FERRAJOLI, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2.ª ed., 1990.
- (1993), «Tolleranza e intollerabilità nello stato di diritto», en *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1968), «Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político», *Revista de Occidente*, Madrid.

- GARZÓN, E. (1992), «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», en *Derecho, Ética y Política*, C.E.C., Madrid, 1993.
- (1992) (b), «El problema ético de las minorías étnicas», en *Derecho, Ética y Política*, C.E.C., Madrid, 1993.
- GASCÓN, M. (1990), *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, C.E.C., Madrid.
- (1994), «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41.
- GIANFORMAGGIO, L. (1986), *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino.
- (1992), «EL mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable», en *Doxa*, núm. 11, trad. de J. M. Vilajosana.
- HAYEK, F. A. (1944), *Camino de servidumbre*, trad. de J. Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 1976.
- HÖFFE, O. (1988), «Pluralismo y tolerancia: acerca de la legitimidad de dos condiciones de la modernidad», en *Estudios sobre teoría del Derecho y la justicia*, trad. de Jorge M. Seña, Ed. Alfa, Barcelona.
- IBÁN, I. C. (1987), *Lecciones de Derecho eclesiástico*, con L. Prieto, 2.ª ed., Tecnos, Madrid.
- (1990), «Prólogo» al libro de A. Motilla, *Sectas y Derecho en España*, Edersa, Madrid.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1983), «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9.
- KANT, I. (1785), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, 8.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1983.
- (1797), *La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989.
- LAPORTA, F. (1985), «El principio de igualdad. Introducción a su análisis», *Sistema*, núm. 67.
- LUCAS, J. DE (1992), *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid.
- (1993), «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15.
- (1993) (b), «El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)», en *Derechos y Libertades*, núm. 1.
- MARIÑO, F. M. (1994), «Protección de las minorías y Derecho internacional» (en prensa).
- MILL, J. S. (1859), *Sobre la libertad*, trad. de G. Sainz Pulido, Ed. Orbis, Barcelona, 1985.
- PÁRAMO, J. R. (1992), «Liberalismo, pluralismo y coacción», en *Doxa*, núm. 11.
- (1993), *Tolerancia y Liberalismo*, C.E.C., Madrid.

- PECES-BARBA, G. (1988), *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid.
- (1989), «Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa», en I. C. Ibán (Coordinador), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1981), «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derecho Humanos*, vol. I.
- (1987), «Sobre la igualdad en la Constitución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IV.
- PRIETO, L. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- (1990), «Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional», *Sistema*, 96.
- (1991), *Curso de Derecho Eclesiástico*, con I. C. Ibán y A. Mottilla, Universidad Complutense, Madrid.
- (1992), «Fines del Derecho y satisfacción de necesidades», en *Funciones y fines del Derecho*, homenaje a M. Hurtado, Universidad de Murcia.
- (1993), «Las minorías religiosas», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX (en prensa).
- RAWLS, J. (1971), *Teoría de la Justicia*, trad. de M. D. González, F.C.E., Madrid, 1979.
- (1987), «Las libertades fundamentales y su prioridad», en S. M. McMurrin (ed.), *Libertad, Igualdad, Derecho*, trad. de G. Valverde, Ariel, Barcelona, 1988.
- RAZ, J. (1979), *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de R. Tamayo, UNAM, México, 1982.
- ROSENFELD, M. (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, London.
- RUBIO LLORENTE, F. (1988), «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22.
- (1991), «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31.
- TARELLO, G. (1976), *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Il Mulino, Bolonia.
- TAYLOR, CH. (1992), *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, trad. de G. Rigamonti, Anabasi, Milano.
- TEDESCHI, M. (1984), «Alle radici del separatismo americano», *Il Diritto ecclesiastico*, núms. 1-2.
- VARELA, J., y ÁLVAREZ-URÍA, F. (1989), *Sujetos frágiles. Ensayos de sociología de la desviación*, F.E.C., México.
- WEALE, A. (1985), «Toleration, Individual Differences and Respect for Persons», en *Aspects of Toleration*, J. Morton y S. Mendus (ed.), Methuen, London, New York.
- WESTEN, P. (1990), «Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality"», en *Moral and legal Discourse*, Princeton University Press.