

H) DERECHOS DE LAS MINORÍAS

PRIETO SANCHÍS, LUIS (Coord.): *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996. 257 pp.

El libro que se presenta, coordinado por Luis Prieto Sanchís, recoge las ponencias del segundo seminario internacional sobre problemas jurídicos y políticos de las minorías, celebrado en marzo de 1994 en Valencia. La iniciativa y organización estuvo a cargo del Grupo de estudios sobre racismo, inmigración y minorías, que dirige el profesor Javier de Lucas. Al seminario asistieron sociólogos, constitucionalistas, internacionalistas, filósofos del Derecho y antropólogos.

En consecuencia, *Tolerancia y minorías* constituye una recopilación de artículos de carácter multidisciplinar. Un primer grupo de trabajos se ocupa de cuestiones genéricas, como el tipo de justificación política de algunas declaraciones acerca de los derechos de las minorías, la conexión entre las minorías y las exigencias de la igualdad o el concepto de ciudadanía. Algunas ponencias tratan aproximadamente las mismas cuestiones pero desde la perspectiva más específica del Derecho internacional. Los demás artículos se ocupan de temas más concretos, como la política de inmigración en Italia, el pluralismo canadiense, o los discursos étnicos de la Europa-centro oriental. Asimismo, el libro cuenta con una exégesis de la ley de minorías en Hungría y una exposición acerca del régimen de la adopción internacional en Brasil.

«Es un lugar común difícilmente rebatible la afirmación de que la justificación filosófico-política de las declaraciones nacionales e internacionales de derechos es de tipo liberal-democrático, con algún tinte de socialismo-democrático.» Con estas palabras, el profesor Paolo Comanducci, de la Universidad de Génova, comienza su análisis sobre el tipo de justificación de dos recientes declaraciones de derechos de las minorías, la adoptada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1992 y el Protocolo Adicional al CEDH aprobado por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en febrero de 1993. El autor pone de relieve «la imposibilidad de un comunitarismo liberal», capaz de ofrecer las claves interpretativas de las más recientes declaraciones de derechos y, por tanto, la continuidad existente en todos los textos internacionales desde 1948. Por eso, frente a la tesis presupuesta por quienes propugnan una interpretación comunitarista-liberal de las declaraciones relativas a los derechos de las minorías, Comanducci aboga por una más ortodoxa comprensión liberal-democrática, única coherente con la filosofía de la Declaración Universal de los derechos del hombre.

Entre los motivos que impiden una interpretación comunitarista-liberal, el autor señala que liberalismo y comunitarismo son «paradigmas éticos» contradictorios, tal y como lo evidencia la parcial incompatibilidad entre la justificación ética de los derechos individuales y la de algunos derechos culturales. Los derechos culturales negativos suponen el respeto de las peculiaridades de cada cultura y normalmente son concreción de las libertades de expresión, reunión, pensamiento, etcétera, en cuyo caso no plantean problemas con los derechos individuales. No sucede lo mismo cuando la autonomía cultural, que está en la base de estos derechos, conduce no ya a tolerar manifestaciones de libertad, sino a admitir prácticas lesivas de los derechos de las personas. A su vez, los derechos culturales positivos se traducen en la atribución de medidas positivas no coyunturales, destinadas a fomentar las diferencias entre las culturas; en este sentido, se hallan en contradicción con la filosofía igualitaria e individualista del liberalismo, pues un ideal límite de la doctrina liberal es la irrelevancia de todo «ser» (sexo, raza) y de todo «pertenecer» (lengua, religión) a los fines de un tratamiento desigual, sea favorable o desfavorable (p. 18). En síntesis, la propuesta de interpretación que el artículo recoge es la siguiente: la Declaración sobre los derechos de las minorías y el Protocolo adicional contienen medidas para las comunidades, pero sin justificaciones comunitaristas (p. 26). La imposibilidad de un comunitarismo liberal reside, en fin, en que «la justificación moral de los derechos culturales (casi siempre en el caso de los positivos, a veces en el caso de los negativos) es incompatible con la justificación moral de los derechos liberales», ya que la primera comporta necesariamente el sacrificio de dos valores que irrenunciablemente están en la base de los derechos humanos liberales: el valor procedimental de la universalidad y el valor sustantivo de la autonomía individual.

Unido al problema del tipo de justificación filosófico-política que subyace a los derechos de las minorías, se halla la cuestión de la igualdad ante la ley. En el artículo de Luis Prieto Sanchís el tema de las minorías se trata a la luz del principio de igualdad. Tras una aproximación al concepto de igualdad, se plantea si la pertenencia a una minoría puede justificar en algún caso un régimen jurídico diferenciado en alguno de estos dos sentidos: diferenciación jurídica como traducción de una desigualdad fáctica (desigualdad jurídica *porque existe* una desigualdad fáctica) o, en segundo lugar, diferenciación jurídica como vehículo o instrumento para combatir una desigualdad fáctica (desigualdad jurídica para que *deje de existir* una desigualdad fáctica). La respuesta dependerá del modelo constitucional de valores y de lo que se entienda por minoría.

La máxima de la igualdad «se traduce en la exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar una

determinada situación –con exclusión de las demás– a una cierta consecuencia jurídica» (p. 31). Dado que la igualdad presenta la doble exigencia de tratar de modo igual lo que sea igual y de modo desigual lo que sea desigual, tendría que estar tan obligado fundamentar tratamientos diferenciados como justificar regímenes igualitarios. No obstante, la igualdad de trato goza de una cierta prioridad. Que exista una presunción a favor de la igualdad implica un ancho margen de discrecionalidad del legislador: «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». Por lo demás, cuando el criterio de la diferenciación sea alguno de los expresamente prohibidos en el artículo 14 (nacimiento, sexo, raza, religión, etcétera) viene exigida una «carga suplementaria de argumentación» (p. 33). Generalmente, las razones que apoyan un trato diferenciado se conectan con la conocida distinción entre igualdad de hecho y de derecho: «El logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de componer por vía jurídica una previa desigualdad fáctica», lo que no significa que *a priori* exista alguna razón que imponga siempre con carácter definitivo un tratamiento desigual.

Una vez consideradas las exigencias de la igualdad, se plantea la cuestión de si el rasgo «minoría» constituye una razón que pueda permitir diferencias normativas. Tratándose de minorías culturales, parece difícil que en el marco de sistemas liberales-democráticos sus peculiaridades legitimen restricciones de derechos; del mismo modo, tampoco parece que aquéllas justifiquen la atribución de privilegios. Naturalmente, toda cultura tiene derecho al respeto de sus particularidades, esto es, al reconocimiento de los derechos culturales negativos en el sentido que les daba en su ponencia P. Comanducci. Puede ocurrir, sin embargo, que las prácticas o costumbres de la cultura en cuestión resulten en abierto conflicto con el Derecho. La objeción de conciencia puede ser en tales casos «un modo de articular el respeto al pluralismo y a la diferencia», por cuanto tal institución tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico excepcionalmente en atención a los motivos religiosos, morales o de conciencia del individuo disidente. No obstante, debe ser administrada 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.

Quizá, la forma de discriminación más grave que hoy día afecta a las minorías no consiste tanto en restringir libertades, como en acentuar su posición de desventaja frente a otros grupos que reciben una particular tutela del poder

público, «según una discutible aplicación del principio del Estado social al ámbito de los derechos civiles y políticos» (p. 48). Precisamente, el Derecho eclesiástico español representa un buen ejemplo de esta manera de discriminar. En efecto, las diferencias de régimen jurídico entre las confesiones no afectan al ejercicio de los derechos que forman parte de la libertad ideológica y religiosa (reunión, asociación, expresión, práctica de actos de culto...), sino que se cifran «en las múltiples facetas que adopta el llamado principio de cooperación» del artículo 16.3 CE (dotaciones presupuestarias, beneficios fiscales, asistencia religiosa en las fuerzas armadas, etcétera); «cooperación que se dirige muy principalmente a la Iglesia católica y que, en todo caso, es directamente proporcional al carácter mayoritario de la confesión». En resumen, sucede que, como la libertad religiosa no es un derecho típicamente prestacional, faltan criterios objetivos para medir las necesidades. Nada cabría objetar si la ayuda se repartiese por igual entre todas las opciones, pues cualquier otro criterio de reparto encuentra una difícil justificación. Pero la opción de nuestro Derecho ha sido la de privilegiar a las mayorías: «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...». En consecuencia «el trato desigual, en lugar de servir para eliminar o aminorar una desigualdad de hecho sirve justamente para incrementarla» (p. 50).

La última parte del artículo se ocupa de las minorías socioeconómicas. El supuesto es, a su juicio, distinto, pues no se pretende establecer un régimen jurídico que se fundamente y que consagre la diferencia fáctica, sino eliminar una previa desigualdad de hecho. Las exigencias de la igualdad material aparecen en la justificación filosófico-política de los derechos sociales: «si concebimos que las condiciones materiales de existencia se hallan implicadas en el ejercicio de la libertad 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» (p. 55).

De igualdad y minorías, aunque en un sentido distinto, trata la ponencia del constitucionalista Manuel Martínez Sospedra. En su trabajo «Universalidad e igualdad de los derechos» (pp. 119-134) sostiene que el reconocimiento de un estatuto de minorías no se contraponen a la garantía de los derechos individuales. Es más, a su juicio, en un Estado democrático la atribución de derechos a las minorías en cuanto tales constituye una exigencia de la igualdad sustancial y del pluralismo. Propone la armonización de la igualdad con el respeto a la diversidad, para que también los grupos puedan ser destinatarios

de la «acción positiva» de los poderes públicos en un Estado democrático y pluralista.

El trabajo de la profesora de la Universidad de París, F. Rousso-Lenoir, «¿Derechos de las minorías o igualdad?» (traducción de Cristina García Pascual, Universidad de Valencia), debate sobre «los medios más justos y más eficaces de un Derecho de las minorías» (p. 137). En este sentido, la protección de las minorías a través de un catálogo especial de derechos fuera de la órbita internacional de los derechos humanos se ha enfrentado a toda una serie de obstáculos éticos, jurídicos y políticos. Señala, entre los escollos de orden ético, que el establecimiento de un régimen especial para las minorías es contradictorio con la universalidad de los derechos y que, además, choca con el imperativo democrático, por privilegiar la pertenencia comunitaria en detrimento de la libertad individual. Por otro lado, un problema jurídico se manifiesta en la imposibilidad de establecer una definición de minoría capaz de integrar todos los tipos. En cuanto a las dificultades de carácter político, conciernen al temor de los Estados de alimentar pretensiones secesionistas (p. 138). Por estos y otros motivos, manifiesta que la protección de las minorías reside básicamente en la garantía colectiva e internacional.

Dentro de los artículos que tratan aspectos globales, la contribución de Massimo La Torre, «La ciudadanía, una apuesta europea», constituye una reflexión acerca del concepto de ciudadanía. En primer lugar, en el artículo se distingue entre dos modelos de ciudadanía: un modelo inclusivo, conectado a una visión constitucional o contractual de la pertenencia a una comunidad política, esto es, basada en una decisión *voluntaria* que presupone tan sólo la aceptación reflexiva de ciertos principios fundamentales de coexistencia; y un modelo exclusivo, relacionado con una visión organicista de la pertenencia a un grupo social, ligada a criterios objetivos *ajenos a la disponibilidad de los individuos*. En segundo término, se analizan conjuntamente dos conceptos: el de «ciudadanía» propiamente dicho y el de «subjetividad» o «personalidad jurídica»; en particular, se muestra qué derechos (civiles, políticos y sociales) corresponden a uno y otro *status* jurídico: tan sólo los derechos políticos suelen ser patrimonio exclusivo de los ciudadanos, mientras que los derechos civiles y los sociales tienen un ámbito de aplicación más amplio. En efecto, los derechos civiles –categoría que incluye los derechos de libertad, de autonomía privada y de propiedad– vienen reconocidos a todo ser humano; los derechos sociales se reconocen generalmente también a quienes no son ciudadanos. Es más, los derechos civiles, especialmente los conectados con la personalidad jurídica, se hallan conceptualmente (y no sólo empíricamente) conectados con las otras dos clases de derechos. Su argumento es que «los derechos civiles, especialmente el derecho a tener derechos conectado a la adquisición de per-

sonalidad jurídica, precede desde un punto de vista analítico tanto a los derechos políticos como a los sociales, así como a cualquier derecho de propiedad y a cualquier concreta obligación contractual» (p. 113). El trabajo expresa, en suma, la apuesta por un modelo de ciudadanía abierto, inclusivo, constitucional, donde la ciudadanía no sea la noción central para la atribución de cualquier clase de derechos: «tengamos un mundo en el que ser hombre o mujer asegure más beneficios (jurídicos) de los que asegura el hecho de poseer y mostrar, a petición, un pasaporte» (p. 117).

Los problemas políticos y jurídicos de las minorías son algunas de las cuestiones que actualmente centran la atención de los especialistas en Derecho internacional. A este respecto, la exposición de Fernando F. Mariño, «Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros» (pp. 67-98), da cuenta de las recientes iniciativas que han tenido lugar con el objeto de adoptar nuevos y más perfeccionados instrumentos acerca de la protección de las minorías y de las personas pertenecientes a las mismas. Hasta la década de los noventa las minorías no habían sido objeto de protección especial, excepción hecha del artículo 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1977). La tendencia de la comunidad internacional ha sido, sin embargo, la de admitir progresivamente la existencia de minorías como hecho jurídico internacional, tal y como ponen de manifiesto las numerosas iniciativas de tratados de ámbito universal o regional sobre la materia. La definición de minoría recogida en tales documentos muestra la existencia de un alto consenso en torno a sus elementos esenciales. «Los caracteres que determinan la existencia y definen la identidad de ese grupo son de dos clases: i) Objetivos. La posesión de caracteres religiosos, lingüísticos o, más en general, étnico-culturales, o una combinación de los anteriores. Y, ii) Subjetivos. La voluntad del conjunto de los miembros del grupo de persistir en sus diferencias respecto al resto de la población con la que conviven y preservar así la existencia y la identidad del grupo en cuanto a tal» (p. 75). Quizá lo que más destaque en estos proyectos sea la atención dedicada a los derechos específicos de las minorías (el derecho a la «existencia» y el derecho al «mantenimiento de la propia identidad»). En cuanto a la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de «acción positiva», señala el autor que «no equivale a la concesión de privilegios porque su fundamento se encuentra precisamente en la aplicación de los principios de igualdad y de no discriminación entre personas y grupos humanos» (p. 90). El trabajo aborda finalmente los mecanismos previstos para la garantía de estos instrumentos.

Junto a las contribuciones que abordan temas genéricos, *Tolerancia y minorías* reúne un conjunto de artículos sobre temas más concretos. En este sentido, Mario G. Losano escribe «Para una política inmigratoria en Italia»

(traducción de Marina Gascón, Universidad de Castilla La Mancha), pp. 175-192, donde se ocupa del fenómeno de la inmigración extra comunitaria en Italia. Su exposición da comienzo con una serie de cifras a propósito del fenómeno inmigratorio en Italia, así como de las previsiones de evolución en un futuro próximo. El núcleo de la ponencia consiste en un análisis de la inmigración desde el punto de vista económico, social y cultural. Dedicada, asimismo, una parte del trabajo a la política seguida en Italia, comentando la Ley 39 de 1990 que, entre otras cosas, dispone la fijación anual de cuotas de inmigración y la obligación de establecer medidas sociales y culturales, en función de las disponibilidades financieras. Un apartado del trabajo se dedica al curioso fenómeno de «las cadenas de reclamo» o solidaridad, organizaciones creadas por los propios inmigrantes para acoger a sus compatriotas. La contribución de M. G. Losano se cierra con propuestas de política legislativa destinadas a controlar, en cierta medida, el flujo inmigratorio, así como para favorecer la integración social.

Por su parte, Chr. Giordano, bajo el título «Estado nacional, discurso étnico y reconocimiento de las minorías. Un análisis etnoantropológico con especial referencia a Europa centro-oriental» (traducción de María José Añón, Universitat de Valencia), plantea la posible compatibilidad entre el Estado nacional y el reconocimiento de minorías. A este respecto, el caso helvético se revela como un supuesto excepcional: Suiza es un Estado nacional federal en el que conviven cuatro comunidades muy heterogéneas y donde, sin embargo, los propios suizos se perciben como individuos pertenecientes a una comunidad nacional. Principalmente, la ponencia analiza los diferentes discursos étnicos europeos («asimilacionista» en Francia y «diferencialista» en Alemania). La filosofía étnica de la antigua Unión Soviética, a su juicio, combina el discurso étnico francés y alemán, y responde al intento de hacer compatible el universalismo socialista y las exigencias particulares del «etnos». Finalmente, dedica especial atención al discurso étnico de los países del Este, a propósito de los cuales comenta el mito de la «reversibilidad histórica».

Leslie S. Laczko, en la ponencia «El pluralismo canadiense en una perspectiva comparativa» (traducción Isabel Turégano Mansilla, Universidad de Castilla-La Mancha), lleva a cabo un estudio sociológico combinando las dos estrategias comparativas identificadas por Ragin (1987). Siguiendo una estrategia cuantitativa, en la que se examinan un reducido número de variables y un gran número de casos, se revela que el caso canadiense es un caso excepcional en la relación inversa que generalmente se produce entre el desarrollo socio-económico y el pluralismo cultural y lingüístico. Siguiendo una estrategia cualitativa, conforme a la cual se examinan un reducido número de casos y un número mayor de variables, se muestra cómo Canadá tiene un mayor grado de pluralismo que Estados Unidos.

La publicación cuenta, por último, con una exégesis realizada por el embajador de Hungría, Pal Schmitt, acerca de la «Ley sobre los Derechos de las Minorías Nacionales y Étnicas», de 7 de julio de 1993 (traducción Alfonso García Figueroa, Universidad de Castilla-La Mancha) y una contribución de Marcela Varejão, de la Universidad Católica de Pernambuco, acerca del régimen jurídico de la adopción internacional en Brasil (traducción Luis Prieto Sanchís, Universidad de Castilla-La Mancha).

En resumen, pese a la heterogeneidad de todo volumen colectivo, cabe decir que en *Tolerancia y minorías* se percibe un hilo conductor común que, a su vez, recoge una preocupación creciente en toda Europa como consecuencia del desarrollo imparable del fenómeno inmigratorio y que bien puede sintetizarse en forma de preguntas de insegura respuesta: ¿acogida o rechazo?, ¿integración y uniformidad o respeto a la diferencia?, ¿derechos de los individuos o derechos de las comunidades? Lógicamente, los interrogantes no quedan aquí despejados, pero, cuando menos, se ofrecen algunas ideas iluminadoras, contribuyendo a un debate sin duda importante desde una óptica teórica, pero también de suma trascendencia para el futuro de la Unión Europea en construcción.

GEMA MARCILLA CÓRDOBA

1) DERECHO CANÓNICO

BLANCO, TERESA: *La noción canónica de contrato. Estudio de su vigencia en el CIC de 1983*, Eunsa, Pamplona, 1997, 269 pp.

En el Código de Derecho canónico sólo el c. 1290 se refiere expresamente a los contratos. Está situado en el libro V, que ofrece la disciplina sobre los bienes temporales de la Iglesia. Es un canon de remisión, en el que el legislador canónico acoge el régimen contractual civil de cada territorio, siempre que se respete el derecho divino y el derecho canónico no diga otra cosa.

La escasa atención normativa que el Derecho canónico positivo parece otorgar a la noción y operatividad del contrato suscita a la autora la pregunta: ¿debemos entender que el CIC no conoce más contrato que el estrictamente patrimonial? Más aún, ¿dispone el Derecho canónico de una noción de contrato que sobrepase una lectura literalista del c. 1290?

A estas preguntas responde la autora desde la ciencia canónica, no desde la historia de las instituciones jurídicas. Esta obra quiere hacer un estudio riguroso de Derecho positivo, que permita afirmar hasta qué punto tiene vigencia la noción de contrato en el Código de Derecho canónico. Pero un