

¿CABE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN RELACIÓN CON EL FACTOR RELIGIOSO?

Ángel López-Sidro López

Universidad de Jaén

Rafael Palomino

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción: planteamiento del tema. 2. Conceptos básicos. 2.1. El pluralismo religioso, principio informador. 2.2. Concepto de discriminación positiva. 3. Discriminación positiva y factor religioso. 3.1. ¿Existe un mandato constitucional que obligue a la discriminación positiva en materia de religión o creencias? La congruencia *ad extra* de la discriminación positiva. 3.2. ¿Tiene cabida la discriminación positiva en materia de religión en el Derecho Eclesiástico español? La congruencia *ad intra* de la discriminación positiva. 3.3. Promoción de la pluralidad y principio de cooperación. 4. Conclusiones.

1. Introducción: planteamiento del tema

En tiempos históricamente cruciales para el desarrollo del Derecho Eclesiástico de Estado, LOMBARDÍA apuntaba la necesidad de una cabal distinción entre el momento

político y el momento jurídico de las normas sobre las que se sustentaría nuestra disciplina¹.

Aquel intento loable no fue seguido de otro, llamado a diferenciar los elementos de la doctrina académica de marcada orientación ideológica, de aquellos otros que constituyen conclusiones permanentes y compartidas.

Cara a su futuro, la doctrina académica eclesiasticista se encuentra situada entre dos frentes. De puertas afuera, la incompreensión por parte de colegas de otras disciplinas jurídicas universitarias que, quizá por excusable desconocimiento, relacionan el objeto de nuestra investigación y docencia con una asignatura “formativa”, parecida al Derecho canónico, cuyo contenido se ha sustraído al Derecho constitucional. De puertas adentro, asistimos a una asentada ausencia de acuerdo acerca de elementos tan cruciales como el objeto o los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado.

Las posiciones respecto a esas grandes cuestiones de la disciplina se encuentran bien definidas y nada parece indicar que vaya a producirse algún tipo de aproximación o acuerdo. Lo cual en nada afectaría a una disciplina jurídica si ésta tuviera un siglo de existencia. Sin embargo, cuando se trata de una joven disciplina, consolidada en España casi al mismo tiempo que el orden democrático constitucional, la ausencia de grandes áreas de consenso es un problema que se debe hacer notar.

Pasó ya el tiempo en que, por fuerza de las oposiciones, los esfuerzos de los docentes e investigadores en Derecho Eclesiástico del Estado se tenían que centrar irremediabilmente en la formulación del “Concepto, Método y Fuentes” de la disciplina. Cosa que obligaba a re-plantear las grandes cuestiones fundantes de la materia objeto de estudio, para intentar decir en algo lo que otros no habían dicho.

Y no obstante haberse superado aquella etapa, no necesariamente peor que la actual de acreditación, es normal que de vez en cuando resurjan problemas relativos a los fundamentos del Derecho Eclesiástico del Estado.

¹ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Opciones políticas y ciencia del Derecho Eclesiástico español*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado” I (1985).

El debate en torno a la consideración del pluralismo religioso como principio informador es precisamente uno de esos elementos de disputa. Ciertamente, poca importancia podría tener las idas y venidas sobre el carácter del pluralismo religioso como principio informador, si esto no tuviera consecuencias prácticas. Y la realidad es que las tiene. Una de ellas podría ser la admisibilidad o no de discriminación positiva relativa al factor religioso.

En los últimos tiempos, la noción de discriminación positiva en relación con el factor religioso podría estar adquiriendo notoriedad, sobre todo desde la defensa que pudiera encontrar en organismos del Estado dedicados a la promoción del pluralismo religioso y la colaboración con las confesiones². La idea de pluralismo religioso, entendida como un valor que el Estado debe promover, y la peculiar posición de la Iglesia católica en la sociedad y el ordenamiento jurídico español, ha dado origen a la postulación de la discriminación positiva que puede ir más allá de la neutralidad de los poderes públicos. Antes de eso, cabría plantearse también si el fomento del pluralismo religioso presiona de alguna forma a la libertad religiosa, sobre todo si se realiza a través de medidas —como la discriminación positiva— que suponen un excesivo protagonismo por parte de quienes, en el orden estatal, no son sujetos de la libertad religiosa.

Las consecuencias que podríamos llamar “externas” de esa consideración del pluralismo religioso como principio informador se cifran en dos elementos. Por un lado, permite convertir el Derecho eclesiástico en un elemento válido para articular las políticas de integración de la inmigración. Por otro, otorga carta de naturaleza jurídica al secularismo como ideología que impulsa y acelera —por encima incluso de su desarrollo normal— la secularización de la sociedad³, mediante la promoción de religiones y creencias que

² El actual Director General de relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia ha defendido la discriminación positiva o inversa hacia las confesiones minoritarias: Cfr. J. M. CONTRERAS MAZARÍO *La financiación “directa” de las minorías religiosas en España. Especial referencia a las comunidades evangélicas*, en R. GARCÍA y M. GONZÁLEZ (coords.), “Aplicación y desarrollo del Acuerdo entre el Estado español y la FEREDE”, Madrid 2008, p. 251.

³ El estudio de la secularización como fenómeno se encuentra plenamente asentado en el seno de las Ciencias sociales. En tiempos recientes, no obstante, se observa una reformulación del significado y de las causas de la secularización. En efecto, se abandonan las explicaciones lineales de corte weberiano, durkheimiano o marxiano, para dar paso a narrativas más complejas que incluso ponen en tela de juicio la posibilidad de afirmar, lisa y llanamente, la secularización como progresiva debilitación de la influencia de las

desplazarían progresivamente el protagonismo de la confesión mayoritaria en la sociedad española⁴.

Las premisas “internas” del Derecho eclesiástico del Estado nos obligan, no obstante, a examinar si cabe o no que el pluralismo religioso sea un principio informador, por un lado, y si su posible corolario —la discriminación positiva— resulta congruente con el conjunto del sistema jurídico. Este examen es precisamente el objeto del presente trabajo en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls.

En definitiva, se trata de comprobar si son jurídicamente válidas situaciones en las que, en igualdad de conocimientos reflejados en las pruebas de una oposición para el acceso a la carrera judicial, debe admitirse antes al ciudadano musulmán que al católico; si en el número de plazas ofertadas en las universidades públicas debe reservarse una cuota fija para candidatos sin religión alguna; o si los empresarios sólo se beneficiarían de determinados beneficios fiscales si contratan un número mínimo de ateos. O, en relación con el factor religioso colectivo, si el Estado puede convocar subvenciones para asociaciones de inspiración religiosa, de las que pueden beneficiarse las confesiones minoritarias con notorio arraigo, pero no la Iglesia católica.

En primer lugar examinamos aquí el pluralismo religioso y su posible categorización con principio informador. Después, se exponen algunas nociones fundamentales sobre el concepto y virtualidades de la discriminación positiva. Por último, se aborda el examen de la interacción de los dos elementos anteriores (discriminación positiva y pluralismo religioso) en el contexto más amplio de los principios del Derecho eclesiástico del Estado, por un lado, y de la aplicación práctica y congruente de la discriminación positiva, por otro.

religiones en la sociedad. Sobre el tema, C. TAYLOR, *A secular age*, Cambridge-Londres 2007, especialmente pp. 505-535.

⁴ Según cifras del último barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (Febrero 2010), de los encuestados se dicen católicos el 75.6 %; creyentes en otras religiones el 1.6 %; no creyentes 13.4 %; ateos el 6.9 %; no contestan el 2.5 %. Deducir del progresivo aumento de las minorías de creencias (un año antes, creyentes en otras religiones el 2.3 %; no creyentes 12.3 %, ateos 6.5 %) un giro copernicano en la cuestión, una necesidad de replantear radicalmente el modelo de gestión del factor religioso, etc. resulta, por lo menos, o pretencioso o ideológicamente condicionado. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS, *Barómetros depositados en el Banco de datos*, ref. 09/04/2010, disponible en web http://www.cis.es/cis/openm/ES/2_barometros/depositados.jsp.

2. Conceptos básicos

2.1. El pluralismo religioso, principio informador

El Tribunal Constitucional ha apreciado la existencia de un pluralismo religioso en la sociedad española, por ejemplo al referirse a la motivación religiosa en que una confesión fundamenta el juicio de idoneidad que la lleva a designar a una persona para la docencia de enseñanza religiosa: «La posible diferencia valorativa de unos mismos hechos según el marco axiológico en que se consideren no puede suscitar así recelo alguno. *La doble esfera valorativa de unas mismas situaciones es consecuencia lógica de la coexistencia en el ámbito social regulado por las leyes del Estado de concepciones religiosas distintas.* Sería contrario al deber de neutralidad del Estado impuesto por el artículo 16.3 CE, según se indicó antes, que el Estado pretendiese negar el carácter religioso de la valoración de unas conductas en el seno intraeclesial, por el hecho de que esas mismas conductas puedan merecer una valoración diferente en un ámbito extraeclesial»⁵. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido igualmente la necesaria conexión existente entre el pluralismo y la libertad religiosa⁶.

Hay una postura doctrinal que ante la relevancia del pluralismo extrae mayores conclusiones: no se conforma con garantizar el pluralismo político, ni con estimar relevante el pluralismo religioso, sino que entiende necesario promocionar este último y, en consecuencia, garantizar la igualdad *ab initio*⁷. Y es que la trasposición de las exigencias

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2007, de 4 de junio, Fundamento Jurídico 9.

⁶ «As enshrined in Article 9 (art. 9), freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it». *Kokkinakis v. Greece* (Application no. 14307/88) 25 May 1993.

⁷ Con carácter general, se refiere a esta igualdad sustancial J. R. POLO SABAU, *¿Derecho Eclesiástico del Estado o libertades públicas?*, Málaga 2002, pp. 137 ss.

estructurales políticas a las manifestaciones sociales es una inclinación frecuente, lo que Navarro-Valls denomina «la absorción del orden social en el orden político»⁸.

Como es sabido, la Constitución propugna el pluralismo político (artículo 1.1), pero no recoge expresamente el religioso. Y al margen de mayores precisiones semánticas que cupiera establecer en la lengua española a la hora de distinguir entre pluralidad (hecho social) y pluralismo (dimensión ideológica del hecho social, principio político y jurídico)⁹, lo cierto es que esa promoción del pluralismo religioso lo eleva hasta el plano de los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado. Se habla entonces de la existencia de un principio del pluralismo religioso.

En un arco temporal amplio, varias han sido las ocasiones en las que se defiende con claridad la existencia de dicho principio¹⁰ y varias también han sido las ocasiones en las que se ha negado el carácter de principio informador al pluralismo¹¹. Sin embargo, como se verá a continuación, no hay razones conclusivas para inclinarse por la existencia de un principio de pluralismo religioso en el Derecho eclesiástico español, salvo que se introduzcan variantes interpretativas del sistema procedentes del liberalismo político-ideológico.

El afirmarse la existencia de dicho principio, la argumentación empleada establece algunos elementos sobre los que vale la pena detenerse¹². Por un lado, se afirma que el pluralismo no es sólo consecuencia de la libertad, sino también condición real de ejercicio.

⁸ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Los Estados frente a la Iglesia*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado” IX (1993), p. 38.

⁹ Cfr. J. HERVADA, *Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa*, en “Ius Canonicum” 19 (1979), pp. 63 ss. Cuestión también advertida en el ámbito de la escuela por J. FERRER, *Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural*, en “Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” 10 (2006), pp. 20-21.

¹⁰ Cfr. I. C. IBÁN, A. MOTILLA Y L. PRIETO SANCHÍS, *Curso de derecho eclesiástico*, Madrid 1991, pp. 196 ss.; I. C. IBÁN, A. MOTILLA Y L. PRIETO SANCHÍS, *Manual de derecho eclesiástico*, Madrid 2004, pp. 34 ss.; E. RELAÑO PASTOR, *Una relectura de los principios de Derecho Eclesiástico: el principio del pluralismo religioso*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado” XXV (2009), pp. 203-239.

¹¹ Al margen de las propias referencias que realiza PRIETO SANCHÍS en ambos manuales, cabe igualmente destacar A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La proyección jurídica del pluralismo religioso*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado” XXIV (2008), pp. 387-410.

¹² Cfr. I. C. IBÁN, A. MOTILLA Y L. PRIETO SANCHÍS, *Manual de derecho eclesiástico*, citado, pp. 34 ss.

Ciertamente, la pluralidad de grupos religiosos y de creencias es condición lógica e histórica del ejercicio de la libertad¹³. Se dice igualmente que si, por un lado, la libertad impide el establecimiento de un partido único o una religión oficial (principio de neutralidad ideológica, principio de aconfesionalidad), el pluralismo en cuanto que principio prohibiría la constitución de un régimen de monopolio.

La palabra “monopolio” evoca casi inmediatamente el sector económico¹⁴. Un monopolio económico supone una situación de privilegio legal (el Estado ejerce una actividad económica protegida y exclusiva) o fallo de mercado (la acción de los actores económicos privados que se sirven de la libertad) en la que, para una industria que posee un producto, un bien, un recurso o un servicio determinado y diferenciado, existe un productor que posee un gran poder de mercado y es el único de la industria que lo posee. En este sentido, resulta razonable que, en el mercado de ideas y creencias¹⁵, el Estado se autoimponga en pro de la libertad una obligación abstencionista. Se trata del principio de aconfesionalidad, laicidad o neutralidad ideológica. Sin embargo, no parece tan clara —y tan congruente con la libertad— la legitimidad de la intervención del Estado en el libre mercado de ideas y creencias con el fin de fortalecer y privilegiar al competidor débil y aminorar la influencia de otro actor económico más fuerte. De ahí la perplejidad que

¹³ Cfr. W. C. DURHAM, *Perspectives on religious liberty: a comparative framework*, en “Religious human rights in global perspective: legal perspectives” (J. D. VAN DER VYVER Y J. WITTE eds.), The Hague; Boston; Cambridge 1996, p. 13.

¹⁴ Sobre la comparación con el monopolio económico se ocupó ya hace años J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad: antiguos y nuevos planteamientos en el derecho eclesiástico del Estado*, Granada 1999, especialmente p. 187: «Si se me permite la analogía, diría que la neutralidad determina que el Estado proteja la existencia de un “libre mercado de ideas y religiones”, renunciando a un intervencionismo dirigido a modificar el panorama sociológico real con la pretensión de construir un arquetípico pluralismo. La intervención estatal no puede ir más allá de lo que demanda la protección del “consumidor” en el ámbito religioso (a semejanza de lo que ocurre en el ámbito económico): es decir, una actuación positiva encaminada a evitar la formación de monopolios que impidan la vitalidad de pequeños grupos, y también a eliminar, en lo posible, el riesgo de fraude por parte de grupos pseudo-religiosos. Creo, además, que este punto de vista es el más congruente con la redacción del artículo 16.3 de nuestra Constitución». En este punto se desarrollan aquí las observaciones de este autor.

¹⁵ La metáfora del libre mercado de ideas y creencias proviene, como es sabido, de OLIVER WENDELL HOLMES en la sentencia *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). A su vez, el antecedente de Holmes podría localizarse en la obra de John Stuart Mill *Of the Liberty of Thought and Discussion*, de 1859. Sobre la comparación entre el libre mercado de bienes y servicios, y el mercado de ideas y creencias, pueden verse las distintas posturas que adopta la doctrina constitucionalista americana en J. H. GARVEY, F. SCHAUER, *The First Amendment: A Reader*, St. Paul 1996, pp. 57-81.

genera, a pesar de todo, llevar el pretendido principio de pluralismo religioso a sus consecuencias más radicales: «El pluralismo, en efecto, no puede llegar a impedir el éxito social de una opción ideológica o religiosa en aras de la preservación de un modelo plural, pues ello lesionaría la libertad de los individuos. Como, asimismo, tampoco interferir en la vida de las confesiones, procurando determinar su peso o importancia a fin de asegurar ese marco pluralista, pues tal conducta representaría una actitud jurisdiccionalista incompatible con el Estado laico»¹⁶.

Volviendo por un momento a la microeconomía, es bueno tener en cuenta que en el régimen de monopolio se produce una situación en la que no existen productos sustitutivos, es decir, no existe ningún otro bien por el cual se pueda reemplazar y, por lo tanto, este producto es la única alternativa que tiene el consumidor para comprar. Francamente, una perspectiva que entienda que en el mundo de las creencias, hoy y ahora en España, se corre el peligro de que no existan productos sustitutivos, resulta por lo menos un poco chocante ante el dato de cientos de confesiones religiosas que gozan incluso de personalidad jurídica civil reconocida¹⁷. Precisamente, cuando muchos de los partidarios de un abierto y activo principio de pluralismo vienen sosteniendo que el hipotético papel de la confesión mayoritaria ya no es tal, que el “mapa religioso” del país está cambiando, situación que obligaría a cambiar de algún modo los instrumentos legales de tratamiento de una realidad totalmente nueva y diferente de aquella que existía en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1978¹⁸.

Desde otra perspectiva, bien podría ocurrir que el Estado se vea compelido a intervenir en el libre mercado de ideas y creencias, cuando uno de los actores económicos privados (en este caso, la Iglesia católica) acudiera a medios y recursos torticeros para lograr una posición de monopolio. Lo cual, evidentemente, podría conducir a una implícita

¹⁶ Cfr. C. IBÁN, A. MOTILLA Y L. PRIETO SANCHÍS, *Manual de derecho eclesiástico*, citado, p. 38.

¹⁷ Puede comprobarse en el sitio web del Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia: <http://dgraj.mju.es/EntidadesReligiosas/>, ref. 30/04/2010.

¹⁸ En este sentido se viene anunciando la sustitución de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 por un nuevo texto, pese a que voces autorizadas la estiman aún válida para afrontar los retos del pluralismo religioso (*vid.*, por todas, S. CAÑAMARES, *Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma*, ponencia dictada en las XXX Jornadas de Actualidad Canónica [Madrid, 7-9 abril 2010], y actualmente pendiente de publicación).

calificación de “buenas” y “malas” religiones, lo cual parece estar vedado por el principio de libertad religiosa y el principio de no-confesionalidad, laicidad o neutralidad ideológica.

En cualquier caso, lo que importa no es sólo el hecho de que se enuncie o no un principio de Derecho Eclesiástico sino, sobre todo, ver cuáles son las consecuencias que tiene la afirmación de su existencia. Se han dividido esas consecuencias prácticas en dos tipos, unas negativas y otras positivas¹⁹.

Desde el punto de vista negativo, se entiende que el principio del pluralismo religioso prohíbe la proclamación de una religión oficial (lo cual es lo propio del principio de laicidad, no confesionalidad o neutralidad ideológica) u orientar los servicios públicos a favor de alguna confesión determinada (lo cual, de nuevo, parece algo propio de ese mismo principio).

Respecto de las consecuencias positivas, se ha señalado que tales se manifestarían en el deber de intervención del Estado en el ejercicio de las libertades para evitar la uniformidad o el monopolio ideológico, especialmente en el campo de la información y de la educación, impulsando entonces la neutralidad (en la escuela de titularidad pública) y la pluralidad (en los medios de comunicación). Sin embargo, para otras posiciones doctrinales, la neutralidad de la escuela pública no es promoción de nada especial, sino sencillamente la expresión de no-concurrencia en el mercado de ideas y creencias que se impone el Estado en un sector de actividad, que precisamente se aproxima a un régimen de monopolio²⁰. Y la pluralidad en los medios de comunicación social, parece más un elemento vinculado a la libertad de información y a la libertad de expresión, que un corolario de la articulación jurídica del factor religioso en el país. Por otro lado, no está de más señalar la realidad inmediata: el pluralismo en los medios de información ha terminado generando en la práctica medios de información libres, pero no independientes, y el propio poder ejecutivo no ha parado en mientes al entrar concurrir en el juego que supone esa práctica.

¹⁹ I. C. IBÁN, A. MOTILLA Y L. PRIETO SANCHÍS, *Manual de derecho eclesiástico*, citado, p. 35-36.

²⁰ J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *La Enseñanza*, en “Derecho eclesiástico del Estado español” (J. FERRER ORTIZ ed.), Pamplona 2007, pp. 281-282.

Más allá del establecimiento *in abstracto* del principio informador del pluralismo, hay expresiones que clarifican el reflejo de este principio en iniciativas concretas, y la posición de la doctrina académica que avala su empleo. Por un lado se insiste en un pluralismo, el religioso, se entiende, que es preciso *lograr*. Por otro, se suele hablar de *gestión* de la diversidad²¹. Si analizamos el término gestionar, su significado es el de «hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera», de modo que la gestión de la diversidad (religiosa) constituye un conjunto de actuaciones que tienden a lograr dicha diversidad. En conclusión, el pluralismo o diversidad religiosa es un objetivo con respecto a la sociedad que debe alcanzar el Estado. Éste ya no se limita a asistir al natural desarrollo de la pluralidad, sino que alienta iniciativas de todo tipo que provoquen que la sociedad sea plural en el plano religioso. Así, los poderes públicos adquieren el protagonismo de quien contribuye a configurar el factor religioso en la sociedad, por encima del ejercicio de la libertad —que raramente se menciona—, y ello explicaría que no se haga remisión al artículo 16.3 de la Constitución²², ya que el Estado, más que tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, esto es, más que atender a la realidad social que le viene dada, contribuye con sus medidas a conformar su fisonomía *haciéndola plural*, impidiendo, por tanto, un posible movimiento hacia la unanimidad en las creencias, aunque este hipotético movimiento pudiera ser resultado de la libertad. En este sentido, es cierta la afirmación de que el pluralismo no es el hijo natural de la libertad²³: lo sería más bien de la pluralidad, porque el pluralismo, tal y como se presenta, sería obra del Estado. Salvadas las distancias, el pluralismo religioso —en una acepción absolutizante— bien permitiría la alteración demográfico-religiosa del país, algo paralelo a la islamización de Kosovo después de la Batalla de 1839, que dio paso a cinco siglos de hegemonía otomana y que vino seguida de la islamización de la región mediante la

²¹ La idea se extiende también al diálogo interreligioso: *vid.* J. M. WOEHLING, *The management of cultural and religious diversity and the promotion of interfaith and intercultural dialogue by local authorities*, en AA. VV. “Gods in the city. Intercultural and inter-religious dialogue at local level”, Wasselone 2007, pp. 29 ss.

²² Que comienza así su segundo inciso: «Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española...».

²³ Cfr. E. RELAÑO, *Una relectura de los principios de Derecho Eclesiástico: el principio del pluralismo religioso*, citado, p. 236.

inmigración turca y albanesa. Una posibilidad que, ciertamente en esta época post-secularista, más bien llegaría tarde. En tal sentido, podría afirmarse que el principio del pluralismo religioso resulta anacrónico.

Hoy, en España, la realidad de una presencia reseñable de minorías religiosas y su problemática específica de integración y reconocimiento de su idiosincrasia, hace crecer el debate en torno a posibles medidas singulares de diferenciación positiva²⁴. Se manifiesta a este respecto una inquietud por la fragilidad del pluralismo religioso español, derivada de la relevancia histórica y social de la Iglesia Católica, que se traduce de inmediato en una reacción hacia la confesión mayoritaria. El pluralismo se activa frente a ella de forma más o menos abierta, en la medida en que se la deja fuera de cualquier iniciativa en relación con la pluralidad social. Se pueden advertir una serie de contradicciones o paradojas: ¿Por qué esa confesión mayoritaria es vista como un obstáculo para el pluralismo y no como parte de él? ¿Acaso tiene una pretensión de universalidad menor que, por ejemplo, el Islam? ¿Por qué en los últimos años se denuncia una amenaza para el pluralismo religioso, que en consecuencia es preciso proteger, precisamente por parte de los mismos que señalan que la sociedad española se ha vuelto progresivamente plural desde la dictadura franquista... por medios estrictamente naturales?²⁵ ¿Por qué ese interés por denunciar una especie de monopolio cultural católico y por abrir camino a morales alternativas, sin mencionar en ningún momento el ejercicio real de la libertad religiosa?²⁶ ¿Acaso el Estado o un concreto Gobierno procuran la existencia de morales alternativas en la sociedad porque no comulgan con las creencias de la mayoría de los españoles?²⁷ Estas creencias, que la Constitución (art. 16.3) obliga a los poderes públicos a tener en cuenta, para los defensores de la postura secularista son todas, no unas más que otras, por lo que no habría que tener en cuenta datos

²⁴ Cfr. J. M^a PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Cizur Menor 2006, p. 140.

²⁵ Cfr. V. MAYORAL, *Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo*, en AA. VV., “La nueva realidad religiosa española. 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, Madrid, 2006, pp. 248-251.

²⁶ Una «hegemonía monocultural» en la sociedad «puede ocasionar la marginación de los nuevos movimientos sociales basados en propuestas de moral alternativa» (V. MAYORAL, *Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo*, citado, pp. 266-267). ¿Y qué si eso ocurre? Igual que esos nuevos movimientos surgieron, por efecto de la libertad, pueden extinguirse o seguir creciendo. El Estado no es quién para decidir la moral vigente en la sociedad, y menos si lo hace por animadversión a la mayoritaria.

²⁷ Cfr. V. MAYORAL, *Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo*, citado, pp. 268-269.

sociológicos o históricos para dar un trato diferente²⁸, ya que en tal caso se estaría provocando el desamparo y la desigualdad de las confesiones minoritarias²⁹. El planteamiento expuesto, que parte de la existencia de supuestos privilegios, conduce a enfrentar la religión católica con el resto, como argumento para hacer tabla rasa del régimen de las confesiones: «¿Pueden, por más tiempo mantenerse invisibles y marginados tantos millones de personas que en ejercicio de su libertad individual y de conciencia practican otros credos y morales diferentes de la católica?»³⁰. Es evidente la exageración del planteamiento, desde el recurso retórico de la pregunta, el tono dramático y los adjetivos utilizados, junto a la hipérbole cuantitativa, todo ello sesgado para, como colofón, poner en evidencia la ventajosa situación de la Iglesia católica³¹.

En suma, la elevación del pluralismo al rango de principio informador, o su empleo como instrumento de articulación de la gestión del factor religioso, plantea una serie de objeciones sobre las cuales no puede pasarse por alto. Desde el punto de vista teórico, el pluralismo como principio informador sería una atractiva absolutización parcialista del principio de cooperación al margen del de libertad religiosa y a costa del principio de laicidad, no confesionalidad o neutralidad ideológica³². Desde el punto de vista práctico, el pluralismo sería la deconstrucción del sistema de Derecho eclesiástico español a favor de la transmutación de la realidad socio-religiosa, mediante la aceleración artificial de sus hipotéticas tendencias naturales.

²⁸ J. R. POLO SABAU considera que el argumento de la tradición histórica no puede justificar disposiciones «de dudoso encaje en el sistema constitucional de derechos y libertades» (*¿Derecho Eclesiástico del Estado o libertades públicas?*, citado, p. 179).

²⁹ Cfr. V. MAYORAL, *Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo*, citado, p. 260.

³⁰ *Ibidem*, p. 249.

³¹ Ciertamente, las circunstancias que rodean al Islam en la hora presente pueden hacer que se descuide el sentido de la proporción: «Putting too much stress on the recent increase in the number of Muslims is likely to minimise the importance of Catholicism» (F. BURCHIANTI, X. ITÇAINA, *Local authorities and inter-faith dialogue in Spain*, en AA. VV., “Gods in the city. Intercultural and inter-religious dialogue at local level”, citado, p. 103).

³² Para J. M. MURGOITIO supone «una quiebra de la libertad de religión y de la consecuencia de ésta que es la igualdad en materia religiosa» (*Igualdad y diversidad de trato de la Iglesia católica*, Pamplona, 2008, p. 90).

2.2. *Concepto de discriminación positiva*

Como se ha podido comprobar anteriormente, la postulación del pluralismo operaría a un doble nivel: *enunciado* de un principio informador y *expresión en acciones* del Estado conducentes a pluralizar la sociedad española desde el punto de vista religioso.

En efecto, dado que una sociedad como la española —más plural que hace treinta años, pero todavía muy marcada por la religión mayoritaria— presenta una realidad de hecho lejana aún del ideal pluralista, sería preciso, de acuerdo con éste, acometer acciones que contribuyan reducir las diferencias de trato, aun cuando esas diferencias estuvieran justificadas objetiva y razonablemente, es decir, plenamente acordes con el principio de igualdad y no discriminación. Para ello, se recurriría a la «discriminación positiva». Y es que el principio de igualdad, al conjugar el artículo 14 CE con el 9.2, se manifiesta en dos actuaciones de los poderes públicos, de distinta naturaleza, positiva y negativa, lo que daría lugar a actividades mediante las cuales el Estado se plantearía la superación de desigualdades o desventajas de grupos concretos presentes en la sociedad; para ello se tendrían que adoptar medidas de discriminación positiva que no serían, según sus defensores, contrarias al principio de igualdad consagrado en nuestro ordenamiento³³. La igualdad sería, por consiguiente, una exigencia del pluralismo; sin embargo, las medidas de discriminación positiva vendrían a hacer más plena la realización de los derechos fundamentales cuando fuera necesario³⁴.

Al hablar de pluralismo cultural —que puede tener un origen religioso—, destacados autores en la doctrina académica consideran que, en virtud del principio de igualdad material, el Estado puede ejercer una discriminación positiva hacia las minorías, con lo que la neutralidad estatal encontraría un límite en la multiculturalidad³⁵. Así, estaría justificado

³³ Cfr. J. M. CONTRERAS MAZARÍO, *Marco jurídico*, en AA. VV., “Arraigados. Minorías religiosas en la Comunidad de Madrid”, Barcelona 2007, pp. 270-271.

³⁴ Cfr. P. C. PARDO PRIETO, *Religiones y minorías: la integración europea y el modelo estadounidense*, en “Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones” 15 (2001), p. 69.

³⁵ Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3ª ed., Cizur Menor 2007, p. 187. «La neutralidad ante el pluralismo descarta en todo caso y en términos absolutos la discriminación negativa, pero no la positiva» (ídem). Tal afirmación tendría que armonizarse con aquella otra del mismo autor, en la que se niega la compatibilidad entre el principio de igualdad y la discriminación positiva: «Es imposible la libertad plena sin igualdad (y la discriminación

que el Estado promoviese los valores identitarios de raíz religiosa de las minorías, por su «permanente riesgo de ser sujetos pasivos de discriminación negativa por la mayoría dominante»³⁶. Y se afirma esto, incluso a pesar de que se considera que el Estado «no puede valorar ni positiva ni negativamente la existencia o inexistencia del pluralismo religioso; sería tanto como valorar positiva o negativamente que sus ciudadanos tuvieran todos las mismas creencias religiosas, que tuvieran varias diferentes o que no tuvieran ninguna»³⁷.

Algunos autores consideran que la relación de igualdad no consiste en disminuir la colaboración con la confesión mayoritaria –el factor que parece estorbar más al pluralismo y a la igualdad–, sino en mantenerla y promoverla, al tiempo que se aumenta la protección para las minorías religiosas, porque es la única forma de facilitar el derecho de libertad religiosa, que es el primero a tener en cuenta³⁸. Los defensores de posturas secularistas, sin embargo, sostienen que el objetivo último no es la igualación por arriba en los derechos de todas las confesiones³⁹, quizá porque se advierte que las confesiones minoritarias comparten con la Iglesia católica postulados en asuntos que son ideológicamente fuertes desde el punto de vista político (bioética o matrimonio, por ejemplo). Por tanto, el pluralismo se esgrime como argumento para disminuir la influencia de la Iglesia católica, no ya dando más a las confesiones minoritarias sino, sobre todo, quitando lo que se pueda del vigente régimen especial de la mayoritaria⁴⁰. Un doble juego del principio de igualdad: por un lado, rígido e igualitarista en lo que a la discriminación negativa se refiere; por otro, abierto, creativo e imaginativo en lo que a la discriminación inversa o positiva se refiere.

positiva también supone una negación de la igualdad)». D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Madrid 2008, p. 32.

³⁶ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, citado, p. 354.

³⁷ *Ibidem*, p. 355.

³⁸ Cfr. R. GARCÍA GARCÍA, *Reflexiones sobre la importancia del principio de colaboración en el derecho eclesial*, en R. GARCÍA GARCÍA (coord.), “El Derecho Eclesiástico a las puertas del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Juan Goti Ordeñana”, Madrid 2006, p. 427.

³⁹ Cfr. V. MAYORAL, *Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo*, citado, p. 267.

⁴⁰ El fomento de las confesiones minoritarias buscaría, de esta forma, contrarrestar la relevancia de la mayoritaria (cfr. J. M. MURGOITIO, *Igualdad y diversidad de trato de la Iglesia católica*, citado, p. 91).

Las consideraciones anteriores sirven como marco para adentrarnos en una sucinta explicación de la discriminación positiva como instrumento jurídico que, tal como se ha indicado antes, vendría a proponerse como la vía apta para realizar el pretendido principio del pluralismo religioso.

Lo primero que es necesario subrayar es que, al pensar y escribir sobre este tema, aquí se parte de una visión “no de-construida del Derecho”. Es decir, se parte del convencimiento de que tanto en el lenguaje como en el mundo de los conceptos jurídicos, existe una correlación entre los significantes y los significados, y que tal correlación compartida, admitida y sancionada socialmente responde a un modo de ser de las cosas, no necesariamente a estructuras culturales de dominio y sometimiento.

Cuando se menciona la discriminación positiva, la igualdad de oportunidades, la no discriminación, etc., parece necesario aclarar qué valor tiene la terminología que se está empleando⁴¹.

La “igualdad de oportunidades” entendida como *igualdad de trato* se dirige sencillamente a remover las barreras estructurales más evidentes para el acceso de los individuos a un sistema que se han generado bajo modelos de dominio⁴². En este sentido, es esencial un conjunto de normas o previsiones legales para la igualdad entre hombres y mujeres⁴³. Pero tales normas se centran más en el establecimiento de derechos y de procedimientos que en la efectividad de los resultados, atendiendo más a los síntomas que a las causas⁴⁴ de forma que la igualdad de oportunidades no tiene por qué implicar igualdad de resultados. En definitiva: la igualdad de trato no toma en consideración el impacto que tiene o puede tener la pertenencia a un grupo a la hora de determinar si esa equiparación es real o no. Las medidas de igualación positiva (becas, progresividad en el impuesto sobre la

⁴¹ Cfr. T. REES, *Mainstreaming Equality in the European Union*, Londres 1998, pp. 29 y ss. En ocasiones parece que se emplean casi como sinónimos los términos “acción afirmativa”, “acción positiva” y “reservas”; R. B. GINSBURG & D. MERRITT, *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, en “Cardozo Law Review” 21 (1999), pp. 254-255.

⁴² Cfr. T. REES, *Mainstreaming Equality in the European Union*, citado, p. 30.

⁴³ Incluso dentro de contextos más amplios que el mundo laboral o de la representación política. Véase al respecto I. BRIONES MARTÍNEZ, *Las mujeres en la legislación danesa*, en “Anuario de Derechos Humanos” 9 (2008), pp. 191 ss.

⁴⁴ Cfr. T. REES, *Mainstreaming Equality in the European Union*, citado, p. 32.

renta) tendrían como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados⁴⁵.

Por otro lado, el concepto de *acciones positivas* presupone que esa igualdad de trato refuerza las desigualdades existentes. En consecuencia, las medidas de acción positiva pretenden crear un “campo de juego nivelado”, para lo cual se establecen condiciones que permitan en lo posible igualar el punto de partida, sin que se vea desplazada la noción de mérito como elemento determinante del resultado. El concepto de acción positiva descansa en la idea de que la mera pertenencia a un grupo o colectivo establece una diferencia de resultado⁴⁶. Las acciones positivas son tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser *transparente e inmodificable* y constituir cláusulas específicas de no discriminación⁴⁷. Los rasgos que justifican acciones positivas son criterios de diferenciación que paradójicamente son sospechosos, incluso odiosos, y respecto de los cuales el Estado impone la no discriminación. Lo que se pretende compensar con la acción positiva es precisamente la minusvaloración de los individuos por la pertenencia a un grupo que comparte un rasgo históricamente marginado por la sociedad⁴⁸.

A su vez, el concepto de *discriminación positiva* intenta producir cambios en el *statu quo* a través de mecanismos designados para aumentar la participación de grupos sub-representados en un sector político o económico. Es una forma de “desigualdad formal”. «Las medidas de discriminación inversa son las acciones positivas que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la Administración, plazas universitarias, etc.) (...) Su carácter diferenciador estriba en que provocan un daño directo en los miembros de grupos no beneficiados, puesto que aquí ya

⁴⁵ Cfr. G. GÓMEZ ORFANEL, *Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación*, en “Anuario de Derechos Humanos” 9 (2008), p. 382.

⁴⁶ Cfr. T. REES, *Mainstreaming Equality in the European Union*, citado, p. 34.

⁴⁷ Cfr. D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, 1998, en “Tirant On-Line”, TOL447.653 (DGOF_124).

⁴⁸ Cf. G. GÓMEZ ORFANEL, *Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación*, citado, p. 383.

no se trata de no obtener determinados beneficios reservados a los colectivos objeto del plan, sino de perder bienes sociales escasos y codiciados que les hubieran correspondido si no se hubiera tenido en cuenta favorablemente el rasgo (sexo, raza, discapacidad) de sus competidores en el proceso selectivo sobre el que se proyectan»⁴⁹. En los Estados Unidos, las medidas de *affirmative action*⁵⁰ permiten la discriminación positiva en algunas áreas, a favor de las mujeres y de las minorías étnicas⁵¹. La discriminación positiva reconoce llanamente que existe una discriminación y que debe ser atendida para restablecer un equilibrio⁵². Y, sin embargo, es cierto que, frente a las acciones positivas, pueden generar un daño directo a los sujetos no pertenecientes al grupo, por lo que su legitimidad queda vinculada a factores conexos como la proporcionalidad y temporalidad de la medida que se adopta⁵³.

Se ha dicho que la discriminación positiva obedece a «una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural», y que constituye en realidad un trato preferente, más que un trato diferenciado⁵⁴. Tales medidas preferentes que adoptan diferentes formas, pero que no escapan a la polémica de si, en el fondo, encubren una ayuda o un favor⁵⁵.

Hay serias reticencias para aceptar la viabilidad jurídica de todas las virtualidades que encierra la discriminación positiva; en general, parecen aceptables las acciones positivas, mientras que el sistema de cuotas podría resultar contrario a las exigencias

⁴⁹ Cfr. D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, citado.

⁵⁰ Sobre la cuestión, M. BARRÉRE UNZUETA, *La discriminación inversa*, en VV.AA. “Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho” [en línea, por suscripción] [ref. 21.07.2006], Iustel, Base del Conocimiento Jurídico [ISBN 84-96440-87-7], disponible en web con localizador inmediato RI §911359.

⁵¹ Véase T. SOWELL, *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*, New Haven 2004, pp. 115 ss.

⁵² Cfr. T. REES, *Mainstreaming Equality in the European Union*, citado, p. 37.

⁵³ Cfr. E. ALONSO GARCÍA, P. GARCÍA MEXÍA, *Igualdad y no discriminación. El Derecho de Igualdad*, en VV.AA. “Derecho Constitucional III”, [en línea, por suscripción] [ref. 21.07.2006], Iustel, Base del Conocimiento Jurídico [ISBN 84-96440-88-5], disponible en web con localizador inmediato RI §911427.

⁵⁴ Cfr. E. URTEAGA, *Las políticas de discriminación positiva*, en “Revista de Estudios Políticos” 146 (2009), p. 183.

⁵⁵ Para evitar esas polémicas, «la discriminación avanza siempre de manera disimulada utilizando una terminología que pretende desactivar las críticas» (ídem).

constitucionales allí donde en principio la igualdad llama a conjugar elementos básicos tales como el mérito y la capacidad. Se entiende en ocasiones que la igualdad de oportunidades es la misión propia del Estado constitucional, mientras que la igualdad de resultados es obra de la actividad propia de la persona, del ciudadano⁵⁶. Al margen de que pueda ocultar un verdadero trato de favor, la discriminación positiva, desde el punto de vista técnico, encierra dificultades para la correcta aplicación de las medidas preferentes. Normalmente, la polémica en torno a estas acciones se sitúa en la oposición entre el mérito y el favor, al preferirse factores de diferenciación no meritorios a la hora de dar un mejor trato a algunos individuos o grupos⁵⁷. En nuestro caso, donde los factores en juego son de tipo religioso, el conflicto vendría más bien dado por la oposición de la discriminación positiva a la neutralidad del Estado.

Por otro lado, la prevista transitoriedad de las medidas de discriminación positiva, suele degenerar en la práctica hacia una institucionalización, provocada por la defensa de la política de ventajas y beneficios, que genera una fuerte demanda de justificación, la cual, a la postre, deviene en la presentación del trato preferente como un auténtico derecho conquistado⁵⁸.

La justificación de todas estas medidas (igualdad de trato, acciones positivas, discriminación inversa o discriminación positiva) se verifica de diversos modos, dependiendo de la orientación de la doctrina. Por ejemplo, lo que para algún sector resulta consecuencia de un “tratamiento equitativo”⁵⁹, para otros trae su causa de la justicia

⁵⁶ «[U]na vez establecida esa igualdad de condiciones y oportunidades básicas, como punto de partida, deben ser las capacidades y méritos de los ciudadanos las que definan sus respectivas situaciones en la sociedad. En otros términos, una vez garantizada la gratuidad de la enseñanza primaria y dotado un eficaz sistema de becas para la secundaria y superior, no parece legítimo establecer privilegios para el ingreso en las Universidades públicas o para el acceso a cargos públicos». A. PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid 2005, p. 116.

⁵⁷ Cfr. E. URTEAGA, *Las políticas de discriminación positiva*, citado, p. 210.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 201. Cuando la institucionalización se produce, la discriminación ya no es más una política de integración ni un medio de carácter transitorio, sino un fin en sí mismo que se convierte en elemento estructural de la organización social y política: «Se asigna un nuevo objetivo a las políticas de discriminación positiva: garantizar, en nombre de un principio de diversidad, una representación equitativa de los grupos minoritarios» (*ibidem*, p. 211).

⁵⁹ Cfr. M.J. FALCÓN TELLA, *Las acciones positivas en la Legislación Europea. El Derecho Alemán*, en “Anuario de Derechos Humanos” 9 (2008), pp. 248-250

material en cuanto distinta de la justicia formal⁶⁰ o, en fin, de una necesaria deconstrucción «del concepto de igualdad hegemónico o dominante en la cultura jurídico-política occidental»⁶¹.

Se ha defendido, como por ejemplo hace la Exposición de motivos de la Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, que los tratos diferenciados de carácter *positivo* son una obligación para los poderes públicos en cumplimiento del artículo 9.2 CE, donde se proclama que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» así como «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud»⁶².

El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de esta misma Ley Orgánica se planteaba: «¿Qué es la discriminación positiva?». Parece pertinente reproducir aquí parte de sus reflexiones al respecto:

«Con frecuencia se habla de discriminación positiva para aludir a las políticas dirigidas a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, proporcionándoles la oportunidad de conseguir el mismo nivel en cuanto al goce de oportunidades y de ejercicio de derechos que aquellos más favorecidos. A través de medidas de tal naturaleza los poderes públicos procuran elevar —para igualar— la situación de aquellos que están en situaciones de desventaja; se adoptan así iniciativas para eliminar el racismo, el sexismo y la discriminación contra las personas mayores o discapacitados.

»En el orden constitucional los derechos fundamentales son iguales para todos los ciudadanos, sin embargo, la garantía institucional de la igualdad en su disfrute es a menudo insuficiente de ahí que, al menos durante un tiempo, se necesiten políticas encaminadas a

⁶⁰ Cfr. D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, citado, especialmente Capítulo I.

⁶¹ Cfr. M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual*, en “Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho” 9 (2003), p. 1, ref. 13/04/2010, disponible en web http://www.uv.es/CEFD/Index_9.htm.

⁶² También en la doctrina se identifica un apoyo explícito a la discriminación positiva en el artículo 9.2 CE (cfr. M. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *La discriminación positiva en el ámbito penal*, en M. E. ALEGRET BURGÚÉS, “La discriminación positiva”, Madrid 2006, p. 282).

remediar situaciones de desigualdad. [...]. La idea básica es que si con estas medidas se consigue que el grupo desfavorecido comience a ser respetado, se podrán ir retirando de forma paulatina y se establecerá una igualdad de oportunidades o, en el caso ideal, una igualdad de resultados. [...]».

En cuanto a la distinción entre discriminación positiva y acción positiva, este Informe afirma que las acciones positivas son una exigencia de la igualdad de trato y no representan perjuicios para los sujetos no favorecidos; por el contrario, la discriminación positiva es una excepción a la igualdad de trato, y podría ser ilegal si comportara un perjuicio para quienes quedan fuera de aquella. Por definición, cualquier desequilibrio forzado en la igualdad de trato parece implicar ya un perjuicio por *desfavor*, por ello se advierte de que estas medidas excepcionales habrán de aplicarse siempre de forma restrictiva⁶³ y transitoria⁶⁴; añade el Informe que «además, debe acudirse a ellas cuando no exista ninguna otra posibilidad de equiparar las situaciones preexistentes de desigualdad perfectamente acreditadas».

Para terminar esta brevísima exposición, quizá sea interesante tener presente el carácter que revisten estas medidas en el ordenamiento jurídico. Por un lado, se mencionaba antes su provisionalidad o temporalidad. Por otro, destaca su excepcionalidad respecto a la vigencia general del principio de igualdad y no discriminación⁶⁵. Advirtamos, en fin, que la eventual existencia de este tipo de acciones no es incompatible con las

⁶³ Cfr. F. REY MARTÍNEZ sostiene que la discriminación positiva es siempre una discriminación directa, y por ello debe admitirse restrictiva y excepcionalmente (cfr. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, en “La discriminación por razón de sexo tras 25 años de Constitución Española. Cuadernos de Derecho Judicial” III [2004], p. 90).

⁶⁴ «El carácter temporal de la discriminación positiva es inherente a su propia definición y a su estatus derogatorio del derecho ordinario de la igualdad» (E. URTEAGA, *Las políticas de discriminación positiva*, citado, p. 200).

⁶⁵ Sí puede deducirse, por ejemplo, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, frente a la interdicción absoluta de la discriminación en su artículo 21, deja abierta la puerta a la posibilidad a las medidas de fomento: «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

exigencias del artículo 14 de la Constitución, sobre todo a la luz de las obligaciones que, sobre los poderes públicos, hace recaer el artículo 9.2 del mismo texto constitucional⁶⁶.

3. Discriminación positiva y factor religioso

3.1. *¿Existe un mandato constitucional que obligue a la discriminación positiva en materia de religión o creencias? La congruencia ad extra de la discriminación positiva*

La elevación del hecho social (*pluralidad*) a principio informador del derecho eclesiástico (*pluralismo*) significa la apreciación jurídica (en cuanto realidad actual) y la prosecución de un objetivo (en cuanto realidad futura) que versa no tanto de la religiosidad como hecho social que está protegido e impulsado desde un derecho fundamental (la libertad religiosa y de creencias), cuanto de la pluralidad de opciones reales, efectivas y logradas.

Desde esta postura, podría argumentarse que nada obsta a dicha promoción efectiva. Es más: podría incluso estimarse que resulta consecuencia obligada del espíritu constitucional desde el momento en el que el artículo 9.2⁶⁷ de la Constitución ordena a los poderes públicos actuar en esa dirección.

Sin embargo, vale la pena subrayar que la conexión entre dicho artículo —y los deberes implicados— y el factor religioso, se verifica de modo mediato, a través de dos elementos configuradores del sistema. El primero de ellos, el principio informador de libertad religiosa, es decir, el factor religioso en cuanto que expresado —o *domesticado*—

⁶⁶ En tal sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que «La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial». Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 216/1991, de 14 de noviembre, Fundamento Jurídico 5. Sobre la jurisprudencia constitucional en este tema, P. DURÁN LALAGUNA, *Discriminación Positiva o Acciones Positivas*, en “Persona y Derecho” 54 (2006), pp. 151 ss.

⁶⁷ «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

en el Estado moderno a través de un derecho fundamental; la religión interesa al Estado en la medida en que es factor social con dimensión jurídica en clave de libertad. El segundo de ellos, de forma complementaria, el principio de laicidad, que veda la confusión de funciones estatales y religiosas⁶⁸. Desde otro ángulo, la conexión entre la promoción de condiciones efectivas y reales de la libertad e igualdad “no funciona” de igual modo cuando nos referimos a la religión o a la ideología que cuando lo hacemos a la raza, la etnia, la lengua materna, o el origen por nacimiento. La acción positiva, la discriminación positiva por parte del Estado en razón de la raza, etnia, lengua materna u origen, no compromete la laicidad del Estado; la acción positiva sobre la ideología o la religión sí puede hacerlo⁶⁹. Tal vez no sea así en aquellos Estados que establecen como elemento definitorio la *multiculturalismo*⁷⁰, con la consiguiente necesidad de establecer mecanismos correctores que compatibilicen la acción positiva con el respeto a la no discriminación negativa. Pero no creemos que sea éste el caso de España.

En síntesis, y como se ha observado, «[c]abría, por el contrario, como ocurre con otros de los motivos de discriminación contemplados en dicho artículo [14], apelar al artículo 9.2 para neutralizar esas desigualdades en la medida en que, por resultar negativas para un individuo o grupo social, pudieran considerarse como un “obstáculo” para que su propia igualdad sea real y efectiva. Es lo que haría un laicista coherente, en apoyo de su convencida sobredosis de igualdad, si la Constitución no se lo impidiera; ya que resulta obvio que el artículo 16.3 se lo impide. De ahí que los renuentes al principio de

⁶⁸ Sobre la formulación del contenido del principio de laicidad, ver entre otros posibles M.J. ROCA, *Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia*, en “Opciones de Conciencia. Propuestas para una ley”, Valencia 2008, pp. 49-53.

⁶⁹ Se llegaría además a una paradoja si se considera que la neutralidad del Estado –que es lo que se arriesga con la acción positiva– es precisamente «una exigencia del pluralismo» (cfr. G. SUÁREZ PERTIERRA, *La laicidad en la Constitución española*, en J. MARTÍNEZ TORRÓN, “Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución Europea”, Granada 2006, pp. 26-27).

⁷⁰ Sobre el tema, E. RELAÑO PASTOR, *El pluralismo religioso: el modelo canadiense*, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” 1 (2003); J. WOEHLING, *La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el derecho canadiense*, en “Revista catalana de dret públic” 33 (2006), pp. 369-403.

cooperación se resistieran a admitir que el citado artículo 9.2 tuviera algún papel que jugar en el ámbito de lo religioso»⁷¹.

Por el contrario, el cauce de atención que se presta en un sentido afirmativo al factor religioso vendría establecido por el principio de cooperación: «a la luz del artículo 16.3 una interpretación laicista del artículo 9.2 queda descartada, porque daría paso en realidad a una paradójica acción negativa, que lo privaría de todo sentido. Lo que el artículo 16.3 hace es precisamente rechazar todo laicismo como indebido obstáculo igualitario al ejercicio de la libertad religiosa. En consecuencia, la discriminación por razón de religión queda circunscrita al artículo 14 y vinculada a la desigualdad premeditada, o de propósito, mientras que —como consecuencia de la peculiar valoración constitucional del hecho religioso— no se considera discriminatoria la mera desigualdad de efectos»⁷².

3.2. ¿Tiene cabida la discriminación positiva en materia de religión en el Derecho Eclesiástico español? La congruencia ad intra de la discriminación positiva

Si en el apartado anterior se examinaba el grado de congruencia y obligatoriedad de la discriminación positiva con el contexto de principios informadores y normas constitucionales que rigen en el factor religioso, ahora tomamos otra ruta de argumentación. Se trataría de examinar si realmente la promoción positiva del factor religioso es compatible con la discriminación positiva.

Recuérdese que la discriminación positiva ha sido aplicada selectivamente a dos esferas muy concretas de la actividad jurídicamente regulada (el derecho laboral y la enseñanza en sus distintos grados) con el fin de promocionar una igualdad de resultados o, en su caso, hacer posible en el futuro la igualdad en el punto de partida.

Las clases sospechosas (*suspect classes*) sobre las cuales se ha aplicado la discriminación positiva han sido habitualmente la raza y el sexo: rasgos denominados

⁷¹ Cfr. A. OLLERO TASSARA, *España: ¿un Estado laico?: la libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Cizur Menor 2005, p. 83.

⁷² *Ibíd.*, p. 85.

«transparentes e inmodificables»⁷³. Se trata de situaciones que vienen impuestas al sujeto beneficiario de la acción positiva de forma inexorable por el nacimiento, situaciones en las cuales no ejercita una libertad de opción. Es precisamente el hecho impuesto de la raza o del sexo lo que le lleva a la indeseable condición de encontrarse de modo necesario (al menos estadísticamente necesario) ante la desigualdad de resultados, en el desempeño de un empleo, en el sueldo que recibe, en la educación a la cual puede acceder.

Sin embargo, aquellas clases que podríamos calificar de carácter voluntario y modificable no parecen ser las áreas más propicias para la realización de acciones positivas o discriminación positiva. Dos razones hay para ello.

La primera es una «razón obvia: de adoptarse acciones positivas en favor de grupos marcados por rasgos fácilmente modificables o poco transparentes (religión, opinión,...) éstas podrían dar lugar a continuos fraudes. El estigma que se pretende superar con la acción positiva margina socialmente a la persona por la relación que, de manera transparente, involuntaria e inmodificable, mantiene con el grupo a través del rasgo que comparte con todos los miembros del mismo. Igual que le es imposible ocultar su pertenencia al grupo a la hora de ser minusvalorada, es esencial que esta pertenencia sea involuntaria y se pueda identificar de forma transparente a la hora de beneficiar a la persona con acciones positivas que favorezcan a su grupo como conjunto»⁷⁴.

La segunda razón, relacionada con la anterior, aunque quizá menos evidente, guarda relación con la dinámica específica que la religión tendría en el sistema de derechos fundamentales, dimensión ésta conectada con el Derecho eclesiástico del Estado. Frente a otros sistemas jurídicos, en los cuales la religión se eleva a una categoría que modaliza de alguna forma los derechos y deberes fundamentales de la persona en el ámbito privado o público, nuestro sistema político-jurídico parte fundamentalmente de la condición de persona y de ciudadano, sin que la religión suponga una circunstancia modificativa de la capacidad o del estatuto político. De hecho, parte de la corriente de pensamiento laicista

⁷³ Cfr. G. GÓMEZ ORFANEL, *Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación*, citado, p. 383.

⁷⁴ Cfr. D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, citado.

apunta a una dirección en la que se pretende depurar más y más la condición del solo-ciudadano (religión/ciudadanía como realidades incompatibles en su dimensión pública)⁷⁵, hasta sustituir la religión por la propia ciudadanía. Sea como fuere, la religión —lo cual no deja de ser tan real como discutible⁷⁶— es ante todo en nuestro entorno jurídico-cultural un ámbito de opción; un espacio de libertad donde es más importante el hecho de elegir (tener, no tener, cambiar) que el hecho de elegir correctamente (ámbito en el que no entra el Estado).

Si en otros países se plantea la discriminación positiva en materia de religión —piénsese aquí en algunos países de la Europa del Este y de Próximo Oriente⁷⁷— es porque la religión es una categoría estática, vinculada a un cierto inmovilismo institucional⁷⁸, no ligada a la libertad, sino a la pertenencia a un grupo étnico, lingüístico, etc. Desde luego, éste no es el caso de España ni de su ordenamiento jurídico. En otras ocasiones, la discriminación positiva en materia de religión aparece como resultado de la mezcla de éste último factor con los que se denominan “transparentes e inmodificables”, como la etnia o la lengua materna, en cuyo caso son éstos los determinantes y no aquél. O mejor dicho, la religión se contemplaría desde una perspectiva diferente, es decir, precisamente como un elemento más que integra la identidad estable e inamovible de un sujeto. En definitiva, la consagración de la discriminación positiva en este campo significa regresar de una «visión personalizada a una institucionalizada»⁷⁹, tendencia sencillamente contraria a la que parecen seguir las democracias occidentales contemporáneas.

⁷⁵ J. J. TAMAYO llega a afirmar que «[s]i atendemos a sus efectos, parece que el retorno de la religión dificulta, más que facilita, la construcción de la laicidad como espacio político y cultural donde caben todos los ciudadanos» (R. REYES [dir.], *Las fuentes mítico-religiosas del pensamiento europeo: secularización, retorno de la religión y laicidad, en Europa*, “Siglo XXI: secularización y Estados laicos”, Madrid 2006, p. 143).

⁷⁶ Sobre el tema, J. H. GARVEY, *What are freedoms for?*, Cambridge, Massachusetts 1996, pp. 44 ss.

⁷⁷ Cfr. N. LERNER, *Inter-group tensions in Israel: Are legal solutions effective?*, en “Israel Yearbook of Human Rights” 15 (1985), pp. 88 ss.

⁷⁸ Cfr. S. FERRARI, *Legislazione israeliana e libertà religiosa*, en “Il Diritto Ecclesiastico” 1979/2, pp. 173 ss.

⁷⁹ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Los Estados frente a la Iglesia*, citado, pp. 19 ss.

Hasta aquí la exposición de una respuesta a la pregunta acerca de si tiene cabida la discriminación positiva en materia de religión, dadas las peculiares características del fenómeno. Dicha respuesta resulta negativa o, al menos, autoriza a poner en duda la congruencia de la aplicación del instituto a la religión como tal.

Quizá quepa preguntarse entonces, avanzando un paso más, si caben o no caben otras formas de promoción positiva y específica del pluralismo religioso. Esta cuestión se aborda en el apartado siguiente.

3.3. Promoción de la pluralidad y principio de cooperación

Si nos alejamos de los contornos que delimitan la discriminación positiva y sus distintas modalidades, lo cierto es que nos encontramos con una realidad de gestión del factor religioso, en la que el Estado español ciertamente colabora con las confesiones religiosas. Y esta colaboración tiene múltiples manifestaciones —algunas todavía sólo virtuales, otras efectivas y prácticas. Si estuviera por medio un pretendido principio informador de pluralismo religioso —y aislándonos respecto de otros principios y factores— la dicotomía parece clara. Por un lado, si el Estado colabora con la confesión mayoritaria no se estaría cumpliendo con el principio de pluralismo, pues estaría consagrando una hegemonía sociológica. Si, por el contrario, colabora con las confesiones minoritarias, está cumpliendo con dicho principio, siempre y cuando esas confesiones no alcancen cotas cuantitativas en virtud de las cuales se constituya una nueva confesión o varias confesiones de carácter mayoritario que pudieran impedir la frágil y variable pluralidad pretendida. Para evitar que se alcanzara una situación de predominio de una de esas confesiones con las que se colabora, probablemente lo más adecuado sea colaborar con las confesiones más minoritarias, incluso con aquellas que no están registradas. Lo cual, probablemente, significaría una ruptura con la actual tendencia del sistema español⁸⁰ que,

⁸⁰ No sólo se exige un notorio arraigo a las confesiones que desean suscribir un acuerdo de cooperación con el Estado español (en virtud de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa), sino también a aquellas que deseen optar a las subvenciones que otorga cada año la *Fundación Pluralismo y Convivencia*, perteneciente al sector público estatal y creada por acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2004, a propuesta del Ministerio de Justicia.

en cualquier caso, requeriría una justificación, objetiva, razonable, no arbitraria, con el fin de salvaguardar el principio de igualdad y no discriminación en su acepción *negativa*. En definitiva, la vía de la colaboración en pro del pluralismo como principio informador, como directiva de actuación jurídica, convierte al Estado en un verdadero actor económico en el libre mercado de ideas y creencias, en el que con dificultad podrá conservar un papel de simple árbitro, puesto que irrumpe en la escena con el fin no sólo de facilitar el ejercicio de un derecho fundamental y cooperar con entes colectivos religiosos en la consecución de sus fines propios, sino que se le permitiría actuar positivamente para alterar las fuerzas del mercado y determinar en el futuro la composición morfológica del mismo.

¿En qué medida no resultaría más adecuado permanecer en los límites y en la funcionalidad específica del principio de cooperación, en lugar de saltar a una nueva dinámica diversa, cual es la del principio de pluralismo religioso? Visto de otro modo, ¿en qué se diferencia el principio de cooperación respecto del principio de pluralismo religioso?

La diferencia podría cifrarse en el momento de intervención cronológica y en el grado de invasión efectuada por el Estado. Es decir: el principio de cooperación interviene ante el hecho social positivo («[l]os poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas», artículo 16.3 de la Constitución), mientras que el principio de pluralismo religioso interfiere en el hecho social positivo para fomentar una arquitectura específica (la del pluralismo). El principio de pluralismo religioso, a su vez, supone un protagonismo del Estado en orden a conseguir un fin (establecer en lo posible las condiciones previas del ejercicio de la libertad), mientras que el principio de cooperación corre el riesgo de la libertad⁸¹ y aparece con un cierto carácter subsidiario respecto del libre juego de las creencias en la sociedad.

Probablemente estamos ante dos planteamientos diversos de la cuestión. Lo cierto es que la entrada en juego de un hipotético principio de pluralismo significa un replanteamiento del contenido y virtualidades del principio de cooperación, así como de las medidas jurídicas prácticas actualmente empleadas por el Derecho eclesiástico español.

⁸¹ ⁸¹ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Los Estados frente a la Iglesia*, citado, pp. 37-38.

Quizá el problema reside, para los partidarios del principio de pluralismo, en que el principio de cooperación se encuentra circunscribiendo una realidad social concreta: el hecho religioso en su vertiente colectiva⁸². No caen dentro de su esfera de actuación otros fenómenos de creencias u otras cosmovisiones. Y aun cuando tal posibilidad sea no sólo acorde con la Constitución⁸³, sino con el mismo entorno europeo⁸⁴, sin embargo bien pudiera ocurrir que, por motivos de carácter ideológico, tal limitación resulte una consecuencia totalmente inaceptable. Lo cual nos sitúa posiblemente más ante un problema *de Constitutione ferenda*, que de una interpretación posible en el actual estado de cosas. Y lo cierto igualmente es que la indefinición de medios que conlleva el principio de cooperación lo convierte en un cauce suficientemente dúctil para llevar a cabo una efectiva ayuda a las confesiones minoritarias, con las necesarias correcciones que pueden y deben instrumentarse en razón del principio informador de igualdad religiosa.

4. Conclusiones

En las páginas precedentes se parte de un diagnóstico acerca de una situación doctrinal y política, a partir del cual se realiza un análisis jurídico.

Esa situación doctrinal consiste en la afirmación del principio de pluralismo religioso como principio informador, tesis a partir de la cual se desarrollan implicaciones teóricas y prácticas en torno a la posibilidad de desarrollar políticas de discriminación positiva dirigidas a la potenciación de las minorías, con el fin de aminorar la hipotética influencia monopolizadora religiosa de la confesión mayoritaria.

El análisis jurídico desarrollado a partir de ese diagnóstico muestra que la afirmación del principio informador del pluralismo religioso resulta poco pacífica, no exenta de objeciones, y que —a la postre— su hipotético contenido, o bien podría

⁸² De ahí, tal vez, que se acabe hablando de pluralismo religioso-cultural o social: cfr. A. CASTRO JOVER, *Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación: la utilización de signos de identidad en la escuela*, en “Laicidad y libertades: escritos jurídicos” 2 (2002), pp. 89-119.

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/2001 de 15 febrero Fundamento Jurídico n. 7.

⁸⁴ Cfr. S. FERRARI, *The New Wine and the Old Cask. Tolerance, Religion and the Law in Contemporary Europe*, en “Ratio Juris”, Mar1997, Vol. 10 Issue 1, p. 77.

comprenderse en rasgos de los demás principios informadores pacíficamente afirmados, o bien se abre paso a base de contradecir el contenido de esos otros principios. Por otro lado, el análisis muestra la incompatibilidad del posible corolario del principio del pluralismo religioso, la discriminación positiva, con las exigencias concretas y reales del ordenamiento jurídico español en esta área específica que el Derecho eclesiástico del Estado. La discriminación positiva, o bien contradice alguno de los principios informadores, o bien resulta inaplicable a un hecho, el religioso, que en el ordenamiento jurídico español es más un elemento de libertad que un elemento de clasificación “transparente e inmodificable” sobre el que se sustentaría precisamente ese tipo de mecanismo de igualación. Por último, el análisis realizado en este trabajo apunta a la oportunidad de reflexionar con mayor profundidad en las virtualidades del propio principio de cooperación como herramienta apta para conseguir la promoción del ejercicio de la libertad religiosa por parte de las confesiones religiosas, sean mayoritarias o minoritarias.