

2. La excepción y la regla

Los ordenamientos jurídicos del mundo occidental operan cada vez más en contextos sociales globalizados y secularizados, sin embargo, esta situación no supone que las identidades culturales estén marginadas; por el contrario, el pluralismo de las sociedades y de los valores emergentes en conflicto conduce hacia el surgimiento de grupos identificados culturalmente. Es precisamente la existencia de un mosaico variado de culturas presente en las sociedades modernas lo que exige la búsqueda de soluciones razonables para favorecer la convivencia pacífica entre individuos que tienen planes de vida distintos.

La necesidad de hacer coexistir identidades culturales distintas puede favorecer la tendencia de los ordenamientos jurídicos a desvirtuar el principio según el cual “la ley es igual para todos”, para optar, en su lugar, por la aplicación de normas que cambian según sus destinatarios.

En otras palabras, el pluralismo cultural trae como consecuencia la adopción de reglas diferenciadas de acuerdo a particularismos subjetivos. Por lo tanto, las características de los principios de generalidad y de abstracción de la norma, que han contribuido de manera significativa a la consolidación del Estado de derecho, son redimensionadas para favorecer la tendencia que introduce disposiciones especiales que se imponen sobre el derecho común.¹⁸

Las sociedades modernas, que quieren preservar la existencia de la cultura de grupos minoritarios, parecen estar dispuestas

¹⁸ Sobre este punto me permito remitir a Ceccherini, E., “Multiculturalismo”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2008, pp. 486 y ss.

8 / Eleonora Ceccherini

a aceptar que no se apliquen ciertas normas del ordenamiento general, permitiendo excepciones a las normas. La legitimación de la *lex specialis* deriva del reconocimiento del *status* particular que se atribuye a los miembros de una comunidad o grupo determinados. La excepcionalidad de la regulación de un caso particular, ante la generalidad aplicable a la *universitas* de los individuos, constituiría el medio a través del cual es posible mantener o salvaguardar las particularidades que caracterizan a la identidad de una minoría determinada.

La reconstrucción de esta cuestión evoca un ámbito que se inspira en el privilegio y no en el derecho en sentido estricto. No obstante, merecen ser citadas las palabras de un estudioso autorizado que encuadra de manera icástica el problema:

[la] palabra privilegio, que provoca miedo, tiene dos significados: el de una ley especial, que responde a la naturaleza particular del objeto, y el de una ley especial para un objeto que, en cambio, tiene una naturaleza común. En el primer caso, la ley especial se aplica en lugar de la ley común que no puede ser aplicada; en el segundo, al contrario, aquélla expulsa la ley común que debería aplicarse. En el primer sentido, el privilegio no es contrario a la libertad, sino que es un modo para hacerla efectiva; en el segundo, en cambio, constituye lo que se llama una inmunidad y es contrario a la libertad porque implica sacrificar un derecho del Estado y, por lo tanto, una negación a la libertad del mismo. En nombre de la libertad, es necesario tener el valor para aceptar el privilegio en el primer sentido cuando es necesario, y para combatirlo siempre en el segundo.¹⁹

Se rechaza, entonces, la existencia de un *status* único para todas las personas regulado por la normatividad general y que, en el pasado, se justificaba con el objetivo de no generar algún tipo de discriminación.²⁰ Las características de la generalidad y

¹⁹ Palabras de Piola tomadas de Ruffini, F., *La libertà religiosa come diritto pubblico subjettivo*, Bolonia, 1992, pp. 443 y ss.

²⁰ Vale la pena subrayar que en Italia la tesis de la homogeneidad, especialmente por

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 9

de la abstracción son instrumentales a la aplicación del principio de igualdad formal. El empleo estricto de este principio —que contribuyó a la consolidación del Estado de derecho— adquiere, sin embargo, en el curso de la historia, dimensiones conceptuales diferenciadas.

En primer lugar, ha sido complementado con el principio de igualdad sustancial, según el cual las particularidades que caracterizan a una persona (raza, sexo, religión, estatus social, etcétera) exigen legítimamente el reconocimiento de un trato diferenciado con la finalidad de reducir las condiciones de vulnerabilidad y subalternidad en que se encuentra.

Sin embargo, en un primer momento, precisamente la expresión de la diversidad es lo que justifica la adopción de medidas *ad hoc*, en violación al principio de igualdad formal, con la finalidad de favorecer la remoción de los obstáculos que, de facto, impiden la igualdad plena de oportunidades a los miembros de un grupo o a una clase de personas que se encuentran socialmente desfavorecidas en sentido *lato*.

Tal reconstrucción teórica abre las puertas al uso de acciones positivas en los sistemas legales, es decir, de todos aquellos instrumentos normativos (leyes, disposiciones y políticas) que, aunque implican dejar de lado el principio de igualdad formal (todos son iguales ante la ley), contemplan tratos favorables para los miembros de un grupo de personas que son consideradas merecedoras de tutela por parte del Estado.

El fin de dicho ordenamiento, sin embargo, es reequilibrar, nivelar, sintonizar a los individuos hacia un ideal de igualdad de trato con sus semejantes: ello para hacer prevalecer lo que los hace iguales sobre lo que los diferencia. En esencia, la adopción de medidas diferenciadas o moduladas estaría sometida a una condición suspensiva; es decir, serían transitorias y legitimadas

lo que concierne a la libertad religiosa, basada en una interpretación estricta del artículo 3o. de la Constitución italiana, se justificaba en la necesidad de evitar los tratos discriminatorios cometidos durante el periodo pre-republicano. Véase D'Avack, P. A., "Libertà religiosa (dir. eccl.)", *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, pp. 607 y ss.

10 / Eleonora Ceccherini

hasta que las clases desventajadas cuenten con condiciones que hagan posible el pleno desarrollo de su persona y puedan participar efectivamente en la organización política, económica o social de un país (parafraseando el artículo 3o., párrafo 2, de la Constitución) sobre un paradigma inclusivo y paritario. Una vez que la comunidad sociopolítica permita que todos participen en condiciones de igualdad de *chances*, las medidas de protección pueden abandonarse; en otras palabras, la *ratio* explicativa de las *affirmative actions* es la integración, puesto que buscan eliminar la exclusión.²¹

Las acciones afirmativas están pensadas para las *minorities by force*, las cuales se presentan en aquellos grupos cuyas características distintivas son asignadas por una mayoría que obstaculiza el proceso de integración. La diversidad es percibida como otredad-oposición-exclusión: por lo tanto, los miembros de un grupo buscan remover los elementos de diferenciación, considerados como instrumentos de segregación por parte del grupo dominante.

Por tanto, la búsqueda de la igualdad entre los individuos representa uno de los objetivos más importantes en los ordenamientos democráticos, los cuales progresivamente tienden a neutralizar todos los factores de diversificación entre individuos, que podrían provocar tratos diferenciados ante un arquetipo de ciudadano abstracto que adolece de todas sus connotaciones naturales, culturales y sociales.

Sin embargo, en el constitucionalismo contemporáneo, los individuos son considerados como personas históricamente determinadas, inmersas en una sociedad: los sujetos tutelados por las Constituciones no son individuos abstractos sino personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material. Asistimos, en otras palabras, a la transición desde una visión atomística hacia una visión social de la persona humana.

²¹ Cartabia, M., "Le azioni positive come strumento del pluralismo?", en Bin, R. y Pinelli, C. (eds.), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Turin, 1996, p. 74, que utiliza como punto de investigación la doctrina estadounidense en la materia.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 11

Esta proyección particular del principio personalista, en los ordenamientos con una democracia madura, se conecta con la evolución del Estado social; mientras que en los Estados que han adoptado hace poco los principios del constitucionalismo, parece inspirarse en el vínculo especial con las tradiciones históricas, culturales y étnicas.

En este último caso, el Estado termina por asumir como fin relevante la necesidad de reconocer, conservar y promover la pluralidad de las culturas de los ciudadanos que puede estar presente en el territorio. En otras palabras, los poderes públicos no sólo deberían tener fines que requilibren o resarzan las discriminaciones pasadas, sino también deberían contribuir al mantenimiento de la otredad y del pluralismo.

Es necesario, por tanto, pensar en un Estado que se asuma como entidad conservadora que valora identidades plurales existentes; es decir, una forma de Estado que asuma las relaciones entre la soberanía y el pueblo en clave multicultural,²² conformando

...la idea de la igual dignidad de reconocimiento a las expresiones culturales de los grupos y las comunidades que conviven en una sociedad democrática y con la idea de que cada ser humano tiene el derecho a crecer dentro de una cultura propia y no aquella contingentemente mayoritaria en el contexto socio-político en el que vive.²³

Desde esta perspectiva, el objetivo no es su integración plena en la comunidad política sino la demarcación de la propia identidad cultural, que debe adquirir una visibilidad y reconocimientos plenos. Aquello que se evoca con el multiculturalismo es que debe valorarse de manera positiva la diversidad, cuyo abandono

²² Sobre la definición de Estado multicultural me permito remitir a: Ceccherini, E., *Multiculturalismo*, cit., p. 486.

²³ Ferrara, A., "Multiculturalismo", en Bobbio, N. et al. (eds.), *Dizionario di politica*, Turín, 2004, p. 671.

12 / Eleonora Ceccherini

supondría el fin del grupo en cuestión: “preservar dichas prácticas quiere decir continuar con el vínculo colectivo que simbolizan, y es por ello que se pide preservar su continuidad”.²⁴ Los destinatarios de las intervenciones, entonces, ya no son las minorías en contra de su voluntad; sino voluntarias (*by will*), que se configuran como grupos que consideran su diversidad cultural como un patrimonio específico que debe salvaguardarse, como una diferencia que mantener.²⁵

El paradigma multicultural de la igualdad supera los confines de la igualdad formal —ya que es demasiado estrecha— y de la igualdad sustancial —porque inevitablemente está destinada a diluirse en la igualdad formal—. La aplicación del principio de igualdad, entonces, oscila entre el valor del respeto a la identidad y el de integración.

Para sustentar esta afirmación podemos utilizar las palabras de la Corte Suprema canadiense, que afirmó que:

It is, of course, obvious that legislatures may —and to govern effectively— must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. As noted above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions.²⁶

Tales exigencias reconstructivas y sistemáticas reclaman actualmente una propuesta de clasificación de los mecanismos e

²⁴ Olivito, E., “Primi spunti di riflessione sul multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità”, *Politica del diritto*, núm. 1, 2007, p. 82.

²⁵ Para una distinción entre minorías véase Pizzorusso, A., *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milán, 1967, pp. 126 y ss.

²⁶ *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1989), 1 S. C. R. 143.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 13

instrumentos de reconocimiento de las diferencias, que pueden agruparse en torno a dos elementos:

- a) El reconocimiento normativo de la diferencia religiosa y de conciencia, que, según el enfoque, puede conducir hacia a la nomenclatura de normas especiales.
- b) *Exemptions*, acordadas sobre la base de las *accommodements raisonnables*,²⁷ expresión tomada de la lengua anglosajona y utilizada por la Corte Suprema canadiense, que puede ser sintetizada como una

...obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme.²⁸

²⁷ La expresión aparece por primera vez en una sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en 1985: *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, respecto a una empleada de los almacenes Sears, quien habiéndose adherido a la Iglesia Universal de Dios que establece el sábado como día de descanso, se vio obligada a modificar su contrato de trabajo de tiempo indeterminado a eventual (quiere decir contrato de trabajo de tiempo definido, en italiano "determinato"), dada la organización del trabajo en los grandes almacenes.

²⁸ Bosset, P., *Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable*, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, Cat. 2.500.128, 2007, 4.