

C

■ Ciudadanía democrática en la Constitución Española de 1978: entre la potenciación y la limitación del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales

BENITO ALÁEZ CORRAL

Universidad de Oviedo

SUMARIO

1. Introducción.
2. Ciudadanía democrática e integración social a través del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales.
3. Límites derivados de las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales.
4. Límites derivados del ideario educativo constitucional como mecanismo de asimilación a la cultura democrática.
5. Límites derivados de las condiciones de acceso a la nacionalidad como vía para el disfrute de una ciudadanía plena.
6. Límites derivados del margen de decisión política que preside las políticas de derechos fundamentales.
7. Bibliografía.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DIVERSIDAD CULTURAL

1. Introducción

Hablar de ciudadanía e integración en las sociedades europeas del siglo XXI es, entre otras cosas, hablar de multiculturalismo, no solo porque algunas de estas sociedades, como la española, se hayan gestado a partir de una pluralidad político-cultural interna –por no utilizar el término plurinacionalidad o pluriétnicidad– ya desde los primeros momentos de su nacimiento como Estado-nación (multiculturalismo interno), sino sobre todo porque se ven afectadas, como consecuencia de los movimientos migratorios de los últimos años, por una creciente pluralidad cultural externa, derivada de los diversos círculos culturales a los que pertenece la población inmigrante (*multiculturalismo externo*)¹. El concepto constitucional de la ciudadanía se ha construido y reconstruido durante los últimos dos mil años en el mundo occidental como un instrumento al servicio de la libertad de cada vez más clases individuos², lo cual puede hacer albergar a los grupos culturales minoritarios la expectativa de que también ellos puedan ver garantizadas sus prácticas culturales frente a la tendencia asimilacionista de la mayoría cultural dominante en la sociedad de acogida. Pero al mismo tiempo, dicha ciudadanía ha sido siempre un instrumento para integrar a los individuos y a los grupos en las distintas esferas de comunicación social existentes, lo cual sin duda alienta la expectativa de la mayoría cultural de la sociedad de acogida de que en aras de la integración los grupos minoritarios vean limitada su capacidad de desarrollo de dicho multiculturalismo. El objeto de

¹ Sobre las distintas fuentes de la pluralidad cultural en una sociedad, y en particular sobre estas dos fuentes interna y externa, cfr. KYMLICKA (1995): pp. 10 ss.

² Cfr. COSTA (1999-2001).

este trabajo es esbozar el marco constitucional-democrático dentro del que se han de desarrollar en España estos dos procesos, el pluralismo cultural y sus límites.

Antes de seguir, permítaseme aclarar algunas cuestiones previas, sin las que podrían mal interpretarse algunas de mis reflexiones. La primera hace referencia al concepto de «cultura» aquí utilizado, que ha de ser entendido en un sentido amplio, como conjunto de habilidades básicas producto de la interacción humana en el marco de las cuales toda persona se individualiza y socializa desde su nacimiento³, y que abarcan desde la ideología, la religión, las tradiciones y costumbres, o el propio derecho, hasta las destrezas o conocimientos suplementarios adquiridos y transmitidos intergeneracionalmente que conforman el concepto de cultura en un sentido más estricto (al que hacen referencia por ejemplo los arts. 3, 46 o 143 CE). La segunda cuestión pretende poner de manifiesto que el término «multiculturalismo», a pesar de su sufijo-ismo, se utiliza aquí como descriptivo de una situación fáctica de pluralismo cultural, no como modelo filosófico político que constituya un valor normativo en sí mismo, en deliberado distanciamiento metodológico de doctrinas multiculturalistas como la de Kymlicka, o antimulticulturalistas como la de Sartori, dado que cada texto constitucional democrático adopta un modelo regulatorio de este pluralismo cultural diferente, y la Constitución Española de 1978 ha adoptado un modelo híbrido entre las dos posturas extremas mencionadas. Finalmente, la tercera y última cuestión es la de que, de los dos tipos de multiculturalismo mencionados (el interno y el externo), solo voy a ocuparme en este trabajo del externo, es decir, del derivado de los fenómenos migratorios, pero no del interno, dado que, mientras que respecto del multiculturalismo interno son muy abundantes los estudios jurídico-constitucionales, probablemente por su directa y evidente vinculación con la estructura territorial de nuestro Estado, con respecto al multiculturalismo externo son muchos menos los estudios constitucionales que se ocupan de su análisis.

La cuestión jurídico-constitucional a resolver es la de si la integración ciudadana de los nuevos habitantes por la vía de su ejercicio de los derechos fundamentales (ciudadanía democrática)⁴ o, más allá de ello, por la vía de su acceso pleno a la ciudadanía política

³ En el sentido ya clásico en el que la utiliza HÄBERLE (1998): pp. 2 ss.; y en nuestro país, CLAVERO (2007): p. 204.

⁴ Sobre la ciudadanía como «plena integración del individuo en la sociedad», cfr. MARSHALL (1992): p. 8.

a través de su nacionalización (nacionalidad), debe ser la expresión de una acomodación y ajuste recíprocos entre la cultura mayoritaria y las culturas provenientes de los movimientos migratorios⁵, o por el contrario está condicionada por la asimilación de dicha cultura mayoritaria por parte de los inmigrantes⁶. Ante este dilema, son posibles diversas respuestas que van, en lo general, desde el *melting pot* estadounidense de los años sesenta o el actual Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2007-2010 y 2011-2018) del Gobierno de España⁷, hasta la exigencia del «contrato de integración» francés⁸, pasando, en lo particular, por las recientes prohibiciones de diversos países europeos de portar vestimentas o símbolos religiosos en espacios públicos⁹, y por la opuesta aceptación británica de dichos símbolos siempre que los mismos no alteren el normal desarrollo de la actividad escolar¹⁰. Ciertamente, la Unión Europea ha dado unos

⁵ Sobre la vinculación entre democracia y multiculturalismo, véase MODOOD (2000): pp. 192 ss.

⁶ Sobre los distintos sentidos del término asimilación (cultural), cfr. BRUBAKER (2001): pp. 531-548.

⁷ Que hace hincapié en la adopción de medidas de acomodación intercultural, es decir, de adaptación mutua de la sociedad española de acogida y de los inmigrantes que han llegado a nuestro país, así como los colectivos en los que se integran, sobre la base del concepto de integración establecido.

⁸ Otras fórmulas que se van ensayando en Europa desde los años noventa del siglo XX son los cursos de integración cívica, de cumplimentación obligatoria en origen para obtener un visado de entrada en Holanda, los cursos de integración previstos en los §§ 43 a 45 de la Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG) alemana, o la gradual exigencia de integración socio-cultural prevista en la propuesta del path to citizenship británico, que incluye hasta una «nacionalidad a prueba» (probationary citizenship). Sobre dichos cursos, cfr. GIRAUDON (2008).

⁹ Véase, entre otras, la Ley francesa 228 de 15 de marzo de 2004, prohibitiva de símbolos religiosos ostensibles en los centros escolares públicos, la Ley francesa 1192 de 11 de octubre de 2010, de prohibición de ocultación del rostro en espacios públicos; la Ley belga prohibitiva del uso de prendas que oculten total o parcialmente el rostro de 1 de junio de 2011, y en España la modificación de la Ordenanza Municipal de Civismo de Lleida, de 8 de octubre de 2010, por la que se prohibía el acceso a espacios o locales destinados al uso o al servicio público con velo integral anulada por STS (Sala 3.ª) de 14 de febrero de 2013.

¹⁰ Cfr. el punto núm. 4 de la «Guidance to schools on school uniform and related policies», así como el núm. 3.9.7 y 8 de la «School discipline and pupil behaviour policies guidance for school», ambas del Departamento de Infancia, centros escolares y familia del Reino Unido. Un estudio exhaustivo de la respuesta legal y jurisprudencial a esta cuestión de los símbolos religiosos en diversos países europeos, se puede ver en MCGOLDRICK (2006): pp. 34 ss. Aunque la jurisprudencia está dando un giro para converger con la citada tendencia europea desde la Sentencia de la House of Lord en el caso R (on the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School (Appellants) [2006], UKHL 15.

«Principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la Unión Europea», aprobados el 19 de noviembre de 2004 por el Consejo Europeo y los representantes de los Estados miembros, conforme a los cuales la integración es un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros, que implica, entre otras cosas, respeto a los valores básicos de la Unión Europea. Pero éstos, además de moverse en el plano de las directrices políticas (jurídicamente no vinculantes), dejan la cuestión bastante abierta a las normas constitucionales y legales de ámbito nacional sobre la materia.

Desde una perspectiva más concreta, para valorar estas posibles respuestas debemos tener en cuenta que uno de los elementos que sin duda más ha contribuido desde principios del siglo xx a perfilar la estructura del Estado nacional, y que más deja ver su incidencia en la relación existente entre inmigración, nacionalidad y ciudadanía, es el principio democrático, cuyo entendimiento jurídico contemporáneo no lo reduce al imperio de la regla de la mayoría sino que añade a ese gobierno por la mayoría la exigencia de respeto de los derechos constitucionales garantizados a la minoría¹¹, y que utiliza el pluralismo y la igualdad como disolventes de la homogeneidad identitaria tanto de la mayoría social como de los grupos sociales minoritarios en los que se integra el individuo¹². Que el origen histórico del nacimiento de la moderna nacionalidad fuera el reflejo de una homogeneidad cultural y/o política de la sociedad puede que tuviera trascendencia a la hora de explicar la vinculación de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, el predominio de criterios de asimilación cultural para la adquisición de la primera, o la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales que componen la segunda en base a unas condiciones constitucionales de carácter cultural¹³, tal y como ha puesto de relieve la historiografía jurídica más relevante en los distintos países¹⁴. Pero desde el momento en el que las Constituciones contemporáneas –y la española de 1978 no es una excepción– se han convertido en normas jurídicas supremas y, para preservar esta posición, tienden a democratizar plenamente el

¹¹ Véase ya Kelsen (1929): pp. 53 ss. En la actualidad y con relación a la nacionalidad y los movimientos migratorios, cfr. MASSING (2001): pp. 20 ss., y ALÁEZ CORRAL (2006): pp. 5-9.

¹² En un sentido parecido en este punto, SARTORI (2001): pp. 61 ss.

¹³ Para un análisis de la evolución histórico-funcional de la nacionalidad y la ciudadanía véase ALÁEZ CORRAL (2005a).

¹⁴ Cfr., entre muchos, BRUBAKER (1992), GOSEWINKEL (2001), FAHRMEIR (2000).

ejercicio del poder¹⁵, el estatuto fundamental de libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra pasa a derivarse de la configuración constitucional del principio democrático, y no de ninguna otra circunstancia o *estatus* previo, como la pertenencia a una comunidad cultural¹⁶, incluso aunque el disfrute de algunos derechos que componen la ciudadanía –los políticos– se condicione total o parcialmente a la adquisición de la nacionalidad. En este sentido, la exigencia de que los sometidos al poder del Estado puedan participar de forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos («democracia de afectación»)¹⁷ constituye el elemento identitario-cultural más importante de muchos sistemas jurídicos contemporáneos¹⁸ y sienta un condicionamiento estructural aplicable tanto al legislador de los derechos fundamentales (que lo es también, con ello, de la ciudadanía), como al legislador de la nacionalidad, e impide, como norma de principio, una construcción totalitaria y homogeneizadora tanto de las identidades de los grupos culturales minoritarios como de la colectividad política nacional sobre la que se construye el Estado.

Lo anterior ha de tener con toda certeza una poderosa influencia en los condicionamientos que, en aras de su integración social, puede establecer el ordenamiento democrático respecto del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros residentes en España, así como respecto de su potencial adquisición de la nacionalidad española, en tanto que puerta de acceso a su plena ciudadanía política. Para saber en qué medida el reconocimiento constitucional de una ciudadanía democrática sirve como vía de integración de los inmigrantes a través de su ejercicio multicultural de los derechos fundamentales, y en qué medida esa misma ciudadanía o la nacionalidad pueden operar como límites a dicho multiculturalismo externo, es preciso, en

¹⁵ Sobre el principio democrático como aquella forma de organización de la creación normativa que mejor impele las condiciones funcionales de existencia del sistema jurídico –su autorreferencialidad y su positividad–, cfr. BASTIDA Freijedo (1998): pp. 389 ss.

¹⁶ En este sentido, cfr. BRYDE (1995): pp. 307 ss. En un sentido opuesto, haciendo depender el *status* democrático del ciudadano de la pertenencia al pueblo como sujeto metapositivo soberano, fuente del poder constituyente, cfr. ISENSEE (1989): pp. 728-729 ss.

¹⁷ Cfr. BRYDE (1989): pp. 257-258, aunque no sea la interpretación dominante del principio democrático y de la soberanía popular del art. 20.1 GG alemana, que lo identifica con aquella reconducción del poder a un sujeto-fuente pre-jurídico y soberano. En lo que se refiere a nuestro país véase la tampoco mayoritaria interpretación normativo-funcional del art. 1.1 y 1.2 CE que realiza BASTIDA Freijedo (1998): pp. 389 ss.

¹⁸ En un sentido diverso, cfr. UHLE (2004): pp. 112 ss., para quien el principal elemento identitario del ordenamiento alemán es la garantía de la dignidad de la persona, y a ella reconduce el principio democrático.

primer lugar, realizar un somero recorrido por la vinculación existente entre la nacionalidad y la ciudadanía. En segundo lugar, será necesario explicar cómo la ciudadanía democrática vehicula la integración social de los inmigrantes y con ello, al mismo tiempo, canaliza la integración dentro de la sociedad de acogida de la pluralidad cultural que pueden transmitir. Solo así, finalmente, será posible en tercer y último lugar esbozar los distintos límites que se deducen para aquel multiculturalismo de esa misma ciudadanía democrática y de la adquisición de la nacionalidad.

2. Ciudadanía democrática e integración social a través del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales

a) Los diversos grados de ciudadanía democrática

Aunque no existe una definición legal de ella, la ciudadanía moderna puede ser concebida a la luz de su uso por los textos constitucionales contemporáneos como el instrumento que permite, a través del ejercicio de los derechos fundamentales –sobre todo los de carácter político-participativo–, una praxis cívica funcionalmente orientada a preservar el marco constitucional que la hace posible y la pluralidad cultural de los sujetos y los grupos que se hallan sujetos a él, entre los que se encuentran tanto los nacionales como los extranjeros inmigrantes¹⁹. Por tanto, si la ciudadanía debe ser la expresión de la plena pertenencia del individuo a la comunidad²⁰, su desarrollo jurídico ha de estar totalmente vinculado al principio democrático y a la maximización de las facultades a cuyo través se articula dicha praxis cívica. La ciudadanía no se identifica, pues, con la nacionalidad²¹, ni la requiere en todo caso, ni se orienta a la conservación de una identidad étnica mayoritaria (ciudadanía nacionalizada) o minoritaria (ciudadanías

¹⁹ Cfr. HABERMAS (1994): pp. 642-643. Crítico con esta concepción por el carácter unidireccional de la integración social (del nuevo miembro en la sociedad de acogida, pero no a la inversa), cfr. LUCAS (2003): pp. 88 ss., que, en la línea de los teóricos del multiculturalismo, reclama un marco más amplio para la integración de los extranjeros que elimine la exigencia de patriotismo constitucional de Habermas.

²⁰ MARSHALL (1992): p. 8.

²¹ Definida en el art. 2 del Convenio Europeo sobre nacionalidad de 6 de noviembre de 1997 (curiosamente ratificado por casi todos los países de la UE, pero no por España) como «el vínculo legal entre la persona y el Estado que no hace referencia al origen étnico de la persona».

diferenciadas equivalentes), sino únicamente de una cultura política que, en un Estado constitucional democrático, es compatible con una pluralidad cultural individual y colectiva²².

En efecto, la necesidad de estructurar democráticamente el ejercicio del poder de forma que no se formen grupos socialmente subordinados a otros y la progresiva humanización de los ordenamientos jurídicos estatales conforme a un ideal ético de persona digna²³ han conducido a que los distintos textos constitucionales democráticos hayan extendido una buena parte de los derechos civiles y sociales a todas las personas que tengan contacto con el ordenamiento jurídico. Prueba de ello es, por ejemplo, que la libertad personal, ideológica o religiosa, pero también la atención sanitaria de carácter urgente, necesaria para la salvaguardia del derecho a la vida, o incluso el derecho a la educación básica (obligatoria y gratuita), no se vinculen a la posesión de la nacionalidad española, y se reconozcan a toda persona (*ex arts. 15, 16, 17 y 27 CE*), debido a su funcionalidad para facilitar la integración del individuo en las diversas esferas de comunicación social. Esta *democratización de la ciudadanía* tampoco implica, sin embargo, que a toda persona se le atribuyan los derechos políticos de participación (como el sufragio activo y pasivo en elecciones nacionales o el acceso a cargos y funciones públicas), sino que éstos permanecen parcialmente vinculados a los integrantes de una colectividad nacional²⁴.

De ahí que, a pesar de la presencia en casi todos los ordenamientos democráticos modernos de fórmulas de atribución de la soberanía a un sujeto colectivo nacional, lo cierto es que no todos los derechos de participación política en sentido amplio aparecen atribuidos únicamente a los miembros de una colectividad definida por la nacionalidad. Así, en el ordenamiento español, por ejemplo, los derechos de asociación, reunión, sindicación o huelga son derechos de titularidad universal, es decir, corresponden tanto a extranjeros como a españoles *ex constitutione*²⁵. Inversamente, la mayoría de los ordenamientos,

²² HABERMAS (1994): pp. 642-643

²³ Ambos paradigmas argumentativos como fundamento de la extensión de derechos a los inmigrantes quedan reflejados respectivamente (para los EE.UU.) en FISS (1999): pp. 3 ss., y PREUSS (1999): pp. 52 ss.

²⁴ Aunque así se pida desde diversos sectores doctrinales, no solo en relación con los extranjeros residentes legales (residentes permanentes) sino incluso en relación con los ilegales; como propuestas más atrevidas en este sentido, cfr. RUBIO-MARÍN (2000): pp. 235 ss., y PRESNO LINERA (2003): pp. 45 ss., 62 ss.

²⁵ STC 115/1987, de 7 de julio, FF.JJ. 2.º y 3.º; y las recientes STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FF.JJ. 3.º-9.º y STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, F.J. 7.º.

incluido el nuestro (arts. 13.2 y 23 CE), suelen optar respecto de los derechos de participación política por un sistema mixto que, partiendo de su inicial atribución (derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento nacional/federal o a los Parlamentos estatales/autonómicos/regionales) únicamente a los nacionales²⁶, al mismo tiempo permiten bajo ciertas condiciones la participación de los extranjeros en las elecciones en las que la entidad de la decisión política es más reducida (elecciones municipales) o tiene un ámbito territorial supranacional (elecciones al Parlamento Europeo), y del mismo modo reservan para los ciudadanos nacionales únicamente el acceso a las funciones públicas que implican ejercicio de jurisdicción, permitiendo a los inmigrantes distintas fórmulas de acceso a las funciones y empleos públicos que no la conlleven, en función de sus diverso origen nacional²⁷. En esta misma línea de integración a través de la participación política de los extranjeros inmigrantes se orienta la noción extensa de ciudadanía europea o «ciudadanía cívica» del Dictamen 593/2003, de 14 de mayo de 2003, del Consejo Económico y Social Europeo, sobre la «Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea», en el que se aboga por construir la ciudadanía europea en torno al criterio de la residencia y no al de la nacionalidad de un Estado miembro, a partir de la atribución a los extranjeros no comunitarios residentes en el territorio de la Unión de derechos de ciudadanía (libertad de establecimiento y de circulación, acceso a archivos y registros o al Defensor del Pueblo Europeo, etc.) ya existente en los Tratados de la Unión. De ahí que no quepa identificar la ciudadanía monolíticamente con el derecho de sufragio, dado que existen otros mecanismos de participación política y social en general, pero tampoco cabe identificarla con la totalidad de los derechos civiles, políticos y sociales que los textos constitucionales atribuyen a la persona, dado que no todas las personas son

²⁶ Excepciones a esta regla son, por ejemplo, los ordenamientos de Chile, Uruguay o Nueva Zelanda, donde los extranjeros residentes poseen el derecho de sufragio también en las elecciones al Parlamento nacional, aunque en alguno de ellos, como Uruguay, se condicione a cierta asimilación cultural por parte de los inmigrantes, a los que se requiere poseer «buena conducta, familia constituida en la República, capital en giro o propiedad en el país, o profesión de alguna ciencia, arte o industria».

²⁷ En este punto, véase el art. 10.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, que ha extendido en el ámbito de la contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas a los inmigrantes no comunitarios, ni asimilados, el mismo régimen jurídico que se deduce del Derecho de la Unión Europea tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia comunitaria (*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2001, C405/01 –Caso Colegio de oficiales de la marina mercante española–*).

titulares de todos los derechos en las mismas condiciones, sino que existen diversos grados o niveles de ciudadanía según la intensidad de participación del individuo en la comunidad política en la que está integrado. De estos grados de ciudadanía el que corresponde a los ciudadanos nacionales es, en principio, el más intenso, puesto que les permite ejercer la plena ciudadanía política²⁸; y el de los ciudadanos extranjeros no comunitarios que no residen en España es el menos intenso, en la medida en que les permite ejercer ciertos derechos civiles solo cuando esporádicamente entran en contacto personal con el poder público español en actuaciones extraterritoriales de éste.

Por todo lo anterior, la *nacionalización de la ciudadanía*, que condujo en el siglo XIX a circunscribir la capacidad de participación en el ejercicio de la soberanía únicamente a los individuos pertenecientes a un colectivo²⁹, la nación, definido la mayor parte de las veces étnico-culturalmente conforme a parámetros que poco o nada tienen que ver con su mayor o menor sujeción al ordenamiento jurídico, es uno de los aspectos que presenta mayores dificultades de compatibilidad con el principio democrático y con sus presupuestos (libertad, igualdad y pluralismo)³⁰, mucho más vinculado (aunque no idéntico) con el elemento subjetivo de la voluntad de los individuos de habitar en un determinado lugar y, con ello, sujetarse a las disposiciones –mayoritariamente territoriales– de un ordenamiento jurídico, en cuya elaboración deben poder participar; e inversamente desvinculado de una homogeneidad cultural³¹ limitativa del libre desarrollo de la personali-

²⁸ A una conclusión parecida llega BOSNIAK (2006): pp. 34-35.

²⁹ Muy ilustrativas son las palabras de ISENSEE (1989): p. 711, opuestas a que se contraponga «el extranjero plenamente integrado en la sociedad al nacional que vive desde hace mucho en el extranjero y se ha alejado de su patria», a la que conduciría una lógica democrática que no parte de un pueblo homogéneo soberano, como la que propone BRYDE (1995): pp. 307 ss.

³⁰ Un ejemplo de las consecuencias de la errónea etnificación y nacionalización de los derechos fundamentales que conforman la ciudadanía es el razonamiento del Tribunal Constitucional español en la STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 9.º (caso Williams-Lecraft), en la que, apartándose de buena parte de su jurisprudencia anterior sobre la prohibición de discriminación por razón de raza, afirma que una persona negra presenta una mayor probabilidad de no ser española que otra caucásica, y ello justifica un trato diferenciado a la hora de verse sometido a un control policial de identidad realizado para controlar la inmigración ilegal. Este caso le ha valido a España la condena del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por violación de la prohibición de discriminación por raza establecida en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2009 sobre la comunicación N.º 1493/2006).

³¹ Cfr. HABERMAS (1994): pp. 642-643.

dad (art. 10.1 CE). Una adecuada compatibilización entre el principio democrático y la necesidad de definir un colectivo al que imputar la soberanía a través de la nacionalidad³² requiere reconstruir esta última desde una perspectiva democrática, puesto que ello permite integrar al máximo número de «súbditos» en el ejercicio de la ciudadanía política. Ello exige alejarse de un concepto objetivo de nación y aproximarse a un concepto subjetivo en el que el factor determinante lo constituya la igual sujeción al ordenamiento jurídico de quienes han expresado con la residencia su consentimiento a un hipotético pacto social fundacional. Esta recíproca *civilización de la nacionalidad* permitiría compensar la decimonónica nacionalización de la ciudadanía derivada de la casi constante atribución constitucional de la soberanía a un sujeto colectivo nacional.

b) Integración social a través del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales

De lo anterior cabe deducir que, en la medida en que el ejercicio de derechos fundamentales permita integrar socialmente a inmigrantes procedentes de ámbitos culturales distintos del de la sociedad de acogida, se abre la puerta al multiculturalismo externo derivado de las culturas de origen de aquéllos, es decir, la libertad y el pluralismo que expresan los derechos fundamentales abren la puerta a la necesaria coexistencia de diferentes culturas³³. Los inmigrantes –igual que los nacionales– no tienen circunscrito el ejercicio de la mayoría de sus derechos fundamentales a la realización de un objeto de protección iusfundamental culturalmente asimilado a las costumbres o pautas culturales mayoritarias, sino que la apertura y abstracción de los derechos fundamentales, consustancial al principio democrático, les permiten su ejercicio multicultural por encima de aquéllas³⁴. Allí donde no se ha distinguido entre ciudadanos nacionales y ciudadanos extranjeros a la hora de atribuir la titularidad de ciertos derechos

³² ALÁEZ CORRAL (2005b): pp. 133-134.

³³ Como sostiene WALDRON (2007): pp. 144 ss., la previsión de espacios de libertad y de tolerancia -que es lo que hacen los derechos fundamentales en ordenamientos con Constituciones formales- permite a los sistemas legales adaptarse y acomodar las diferencias culturales.

³⁴ Cfr. los «Principios básicos comunes para la política de integración de los inmigrantes en la Unión Europea» (principio 8.º), aprobados por el Consejo de la Unión Europea de Ministros de Justicia e Interior, de 19 de noviembre de 2004, respecto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

fundamentales, se sigue que, del mismo modo que la jurisprudencia constitucional española ha proscrito al legislador que los desarrolle o regule su ejercicio (arts. 81 y 53 CE) utilizar la nacionalidad como criterio diferencial para su ejercicio, especialmente cuanto más vinculados estén esos derechos a la dignidad de la persona³⁵, tampoco cabría exigir directa o indirectamente de los inmigrantes su asimilación a la cultura mayoritaria para permitirles o facilitarles la integración social que se deriva del ejercicio de dichos derechos, sino que ésta se debe producir en un marco de recíproca acomodación intercultural entre las culturas minoritarias que aquéllos puedan desarrollar y la cultura mayoritaria de la sociedad de acogida. De hecho, la definición del objeto y contenido de la mayor parte de los derechos fundamentales se suele hacer, en las democracias constitucionales, desvinculada de una predeterminación cultural concreta y permite, por tanto, el ejercicio de los mismos alineado o desviado de las pautas culturales mayoritarias³⁶.

Ello cuestiona, al menos en el ordenamiento español, la constitucionalidad de algunas variantes de los llamados contratos o cursos obligatorios de integración, en la medida en que exijan al ciudadano extranjero renunciar a lícitas variantes multiculturales del ejercicio de sus derechos fundamentales a cambio de obtener la extensión de otros derechos fundamentales de titularidad inicial solo de los nacionales, como la libre entrada en el país y la libertad de residencia, o el derecho de sufragio al parlamento nacional, subsiguiente a la naturalización. Las democracias modernas, especialmente las que no son militantes, no pueden limitar la libertad individual y el pluralismo que expresa el ejercicio de los derechos fundamentales en aras de preservar unas condiciones socio-culturales en las que aquéllas se han gestado sin, al hacerlo, destruir los mismos elementos que las caracterizan e identifican. De existir una obligación, más bien sería la contraria, la de preservar la pluralidad social, a tenor la garantía constitucional del pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, consustancial al principio democrático (art. 1.1 CE), siempre, claro está, que dicho pluralismo no vaya en contra de sus propios elementos identitarios, entre los que se encuentra el respeto a los derechos fundamentales de los demás, que también son expresión de su dignidad

³⁵ Cfr. STC 236/2007, de 7 de noviembre, FF.JJ. 3.º a 9.º.

³⁶ Respecto de la Constitución alemana, por ejemplo, cfr. UHLE (2004): pp. 309-311.

como personas (art. 10.1 CE) y, con ello, de los valores superiores de libertad e igualdad (art. 1.1 CE)³⁷.

En este sentido, la cuestión clave es la de si el ordenamiento constitucional-democrático permite un multiculturalismo externo ilimitado, que coloque a las culturas minoritarias procedentes de la inmigración en posición de igualdad o en una posición privilegiada con respecto no ya a una particular cultura mayoritaria, sino a la cultura constitucional-democrática que hace posible la existencia del pluralismo cultural. Como ya se ha dicho antes, la ciudadanía que hace posible ese multiculturalismo externo es una ciudadanía democrática, cuyo máximo grado (ciudadanía político-participativa plena) requiere (aún) la posesión de la nacionalidad. De una y otra, es decir, del carácter democrático de la ciudadanía y de la necesidad de adquirir la nacionalidad para disfrutar de la plena ciudadanía política, se desprenden en casi todos los ordenamientos ciertas limitaciones para el desarrollo de ese multiculturalismo externo, que *grosso modo* podemos identificar con la necesidad de respetar y/o comprometerse positivamente con los valores y principios del Estado constitucional-democrático, es decir, con una asimilación de la cultura democrática. Ello es tanto más así en la medida en que el Derecho forma parte de un sistema cultural³⁸ y refleja una determinada identidad cultural (democrática) en sus disposiciones constitucionales, especialmente en las relativas a los derechos fundamentales y a los principios y valores fundamentales, de los que, sin duda, forma parte la apertura al pluralismo cultural³⁹.

En efecto, cuando el ordenamiento jurídico como sistema de comunicación social se democratiza, y utiliza los derechos fundamentales como herramientas de preservación de su autorreferencialidad y positividad, permite la introducción y desarrollo en el mismo de nuevas culturas, imponiéndoles el límite funcional de ajustarse en su desarrollo a sus propias pautas comunicativas, esto es, desarrollarse por medios legales, por lo menos en las democracias procedimentales en las que no hay límites materiales absolutos a la reforma constitucional. La cultura jurídica-democrática se convierte –por el valor coercitivo del Derecho– no solo en garantía de la producción

³⁷ Sobre el pluralismo como garantía de la igualdad en la diferencia, cfr. ROSENFELD (2007): pp. 156 ss.

³⁸ Sobre el derecho como cultura, cfr. MEZEY (2001): pp. 35 ss.

³⁹ Sobre ello en detalle, cfr. UHLE (2004): pp. 351-352.

y coexistencia de diversas subculturas, mayoritarias o minoritarias, sino también en un límite a esas subculturas⁴⁰, puesto que éstas bien no podrán prescindir del marco cultural democrático de referencia que la Constitución establece, o bien solo podrán hacerlo a través de una cultura antidemocrática contraria tan mayoritaria como para, sirviéndose del procedimiento democrático, superar las barreras de la reforma constitucional con mayorías cualificadas⁴¹. Las «democracias militantes», dotadas de cláusulas de intangibilidad, van más allá incluso e identifican en los límites materiales absolutos a la reforma constitucional⁴² una identidad cultural estática dentro del sistema jurídico⁴³, constriñendo mucho más la reciprocidad en la acomodación multicultural.

Si dejamos a un lado estas cláusulas de intangibilidad como límite al multiculturalismo, el resto de límites constitucional-democráticos a la acomodación intercultural se pueden agrupar entorno a cuatro ámbitos que se analizarán seguidamente con un poco más de detalle: los límites derivados genéricamente de las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales; los derivados de la presencia de un ideario democrático como ideario educativo constitucional; los derivados de las condiciones legales de adquisición de la nacionalidad por parte de los inmigrantes; y finalmente los derivados de las concretas políticas de derechos fundamentales que las mayorías parlamentarias quieran llevar a cabo en cada momento. Aunque todos ellos pueden estar presentes en cualquier ordenamiento constitucional-democrático, trataré de concentrar las referencias ejemplificativas en el derecho positivo español.

⁴⁰ En este mismo sentido, en conjunto, RAZ (1998): p. 202.

⁴¹ No se trata de contraponer la democracia como valor, como propone SARTORI (2001): pp. 54-55, sino como procedimiento, por lo menos en los ordenamientos, como el español, en los que no hay una defensa militante de la democracia (cfr. STC 48/2003, de 12 de marzo, FF.JJ. 7.º-10.º).

⁴² Con la consiguiente clausura de la capacidad cognitiva del sistema jurídico respecto de su entorno social, o lo que es lo mismo, con la consiguiente incapacitación del sistema jurídico para interiorizar esquemas culturales que no se correspondan con la cultura presente en la cláusulas de intangibilidad; sobre esta disfunción de las cláusulas de intangibilidad para la autorreferencialidad y positividad del sistema jurídico, cfr. ALÁEZ CORRAL (2000): pp. 405 ss.

⁴³ Sobre la positivización de esta identidad cultural intangible en la Constitución alemana de 1949, cfr. UHLE (2004): pp. 109 ss.

3. Límites derivados de las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales

El primer ámbito en el que se plasma la búsqueda de un equilibrio entre la acomodación intercultural y la asimilación del marco constitucional-democrático tiene que ver con el hecho de que el multiculturalismo externo se encuentra limitado por los propios límites y delimitaciones⁴⁴ que cada ordenamiento constitucional le ha impuesto al ejercicio, multicultural o no, de los derechos fundamentales. Estos límites al multiculturalismo externo dependen tanto de la concreta redacción de los enunciados definitorios del objeto, contenido y límites de cada derecho fundamental, como también de la configuración de los principios estructurales de cada texto constitucional, puesto que de los mismos se deduce la teoría constitucionalmente adecuada que ha de servir como parámetro o guía de su interpretación⁴⁵, y consiguientemente influir en el multiculturalismo que su ejercicio puede desplegar. Esta teoría constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales se sirve de toda una panoplia de conceptos dirigidos a conciliar una igual ciudadanía democrática con las diferencias derivadas del ejercicio multicultural de los derechos, tales como la cláusula del contenido esencial, la noción de garantías institucionales, la eficacia horizontal y no solo vertical de los derechos, su dimensión objetiva, el principio de proporcionalidad, etc., cuya obligatoriedad jurídico-constitucional se configura con sutiles matices de forma variable en cada concreto ordenamiento constitucional.

En este mismo sentido, a pesar de que se pueda hablar de unas tradiciones y principios constitucional-democráticos comunes a algunos Estados (arts. 2 y 6.3 TUE respecto de los Estados miembros de la Unión Europea), y de que todos los Estados de la Unión Europea estén vinculados por el CEDH tal y como lo interpreta auténticamente el TEDH, lo cierto es que estos instrumentos varían, incluso entre ordenamientos democráticos, en la medida en que la teoría constitucional ínsita en unos y otros textos constitucionales presenta ligeras diferencias derivadas de su distinta tradición nacional. Así, por ejem-

⁴⁴ Sobre la diferencia entre unos y otras, cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004): pp. 141 ss.

⁴⁵ Sobre la necesidad de extraer de cada texto constitucional una teoría constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales que sirva de guía (jurídico-positiva) para su interpretación, véase BÖCKENFÖRDE (1993): pp. 66-71; y para España, siguiendo a Böckenförde, BASTIDA FREJEDO (2004): pp. 77 ss.

plo, no resultarán los mismos límites para el ejercicio multicultural de los derechos fundamentales de la delimitación de estos últimos en una democracia militante como la alemana (arts. 18.III, 21.II y 79.III GG), que en una democracia procedimental como la española (arts. 6 y 168 CE)⁴⁶; en un Estado laicista como el francés (art. 1 CF), que en Estado aconfesional o de neutralidad positiva como el español (art. 16.3 CE), o en un Estado confesional como el noruego (art. 2 CN); en un Estado que reconoce a los padres un derecho/obligación natural a la educación de sus hijos como Italia (art. 20 CI) o Alemania (art. 7 GG), que en un Estado, como el español, que no lo reconoce y únicamente establece la obligación iusfundamental de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (art. 39.2 CE). Éstas y muchas otras diferencias marcarán el concreto punto de equilibrio entre acomodación intercultural y asimilación de una determinada cultura constitucional-democrática que se desprenda de las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales⁴⁷.

Esta misma necesidad de equilibrio entre acomodación intercultural y asimilación de la cultura constitucional-democrática es especialmente importante en lo relativo a las relaciones entre la minoría y la mayoría cultural tanto en el interior del grupo (del individuo como minoría frente al grupo cultural minoritario) como en su exterior (del grupo minoritario frente a la cultura social mayoritaria)⁴⁸. En este sentido, aunque la realización y desarrollo de la personalidad del individuo tienen lugar no solo aisladamente sino también en los grupos en los que se integra (art. 9.2 CE), lo cierto es que el valor fundamental sobre el que se apoyan los ordenamientos constitucional-democráticos, incluido el nuestro (art. 10.1 CE), es la dignidad de la persona. De ahí que el multiculturalismo externo derivado del disfrute por parte de los inmigrantes de sus derechos fundamentales solo quepa dentro del respeto a la libertad e igualdad del individuo, dentro y fuera de los grupos culturales en los que se quieran inte-

⁴⁶ Cfr. por muchas la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.º.

⁴⁷ Tampoco cabe acudir a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en especial al CEHD y su interpretación por el TEDH, como fuente clarificadora y homogeneizadora de los límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales, porque su redacción deliberadamente abierta a multitud de Estados signatarios, con pluralidad de sistemas constitucionales muy distintos entre sí, hace que los mismos, a pesar de su eficacia interpretativa *ex art.* 10.2 CE, posean sólo el carácter de un estándar mínimo adaptable a la configuración constitucional que cada derecho haya obtenido en cada texto constitucional; sobre ello, véase ALÁEZ CORRAL (2008): pp. 19-20.

⁴⁸ Distinción basada en la de KYMLICKA (1995): pp. 35 ss.

grar, no para limitar o aniquilar la dignidad o los derechos de sus integrantes en aras de la supervivencia de una determinada minoría cultural a la que pertenecen⁴⁹. Por la misma razón, la dignidad de la persona que opera como límite a ciertas prácticas iusfundamentales multiculturales ha de ser construida a partir del entendimiento que de la misma tenga cada persona afectada, no del entendimiento que de esa dignidad tenga la mayoría social⁵⁰. Constitucionalmente hablando, no cabe, pues, oponer los derechos de los grupos culturales (minoritarios o mayoritarios) frente a los derechos del individuo, sino que los derechos de cualesquiera grupos son un instrumento al servicio de los derechos del individuo, cuya garantía de dignidad es la base del ordenamiento constitucional. Como señala Habermas desde una perspectiva filosófico-política, los derechos fundamentales protegen la autonomía individual tanto en su vertiente privada como en su vertiente pública, por lo que no se puede decir que los mismos sean incompatibles con una política de reconocimiento de libertades colectivas; al contrario, requieren dicha política para proteger la integración del individuo en los contextos sociales en los que se forma su identidad, pero sobre la base de que cada individuo conserva el derecho a que se respete su diferencia, producto de su autonomía privada y pública, con el límite tanto individual como colectivo del respeto a la cultura política democrática que viene de la mano del orden constitucional⁵¹. Precisamente porque en las democracias occidentales los derechos fundamentales tienen eficacia también en las relaciones privadas, no cabe ejercicio colectivo de un derecho fundamental en perjuicio de los derechos fundamentales de un miembro de dicho colectivo que no ha consentido dicha limitación y, además, será preciso tener muy en cuenta los condicionantes fácticos de la formación de su voluntad individual. Semejante criterio nos puede servir, por ejemplo, de guía para dar respuesta jurídico-constitucional tanto a cuestiones de multiculturalidad relativamente sencillas (ablaciones, matrimonios forzados, poligamia), como también a otras más com-

⁴⁹ Cfr. el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso Sandra Lovelace v. Canada, Communication N.º R.6/24, U.N. Doc. Supp. N.º 40 (A/36/40) at 166 (1981).

⁵⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos KA and AD v Belgium, de 17 de febrero de 2005

⁵¹ Cfr. HABERMAS (1994): pp. 113 ss. En un sentido parecido véase DOPPELT (2001-2002): pp. 670 ss. En contra, sin embargo, KYMLICKA (1995): pp. 59 ss., con el argumento de que no hay cultura política sin la preeminencia de una cierta cultura étnica socialmente mayoritaria, lo que implicaría la desprotección parcial de las minorías étnicas.

plejas (limitación de los derechos de un sexo en el interior de grupos asociativos, limitación del ejercicio de derechos por parte de menores en el seno de la relación familiar, etc.).

En este sentido, si bien los derechos fundamentales son garantías constitucionales de la minoría frente a la mayoría, y ello requiere una cierta neutralidad ideológica y religiosa del poder público, lo cierto es que nuestro ordenamiento constitucional no es absolutamente neutral desde un punto de vista de sus preferencias culturales (lo que incluye las ideológicas y las religiosas) a la hora de delimitar y limitar los derechos fundamentales. No lo es, de un lado, porque la definición constitucional del objeto y contenido de cada uno de los derechos fundamentales (piénsese, por ejemplo, en la definición de lo que sea un símbolo religioso) responde a un determinado patrón filosófico-político (liberal-democrático), imbricado ya en la cultura social dominante y que se refleja en la teoría constitucionalmente adecuada que le sirve de criterio interpretativo⁵². Así, por ejemplo, la exigencia constitucional de plena igualdad jurídica de hombre y mujer en el matrimonio (art. 32 CE) excluye los matrimonios poligámicos; el expreso derecho a no ser obligado a declarar sobre las propias creencias (art. 16.2 CE) aporta un refuerzo a la vertiente individual de la libertad religiosa, que no está presente en otros ordenamientos; o en fin, la ausencia de un derecho natural de los padres a la educación y cuidado de sus hijos titulares de los derechos fundamentales (art. 39 CE) refuerza también la autonomía del individuo menor de edad respecto de su asimilación cultural dentro del grupo familiar y limita los poderes de la patria potestad. De otro lado, el ordenamiento jurídico tampoco es neutral porque, como se verá después, los poderes públicos pueden, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, adoptar políticas que inciden en el disfrute de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos en los que se integran (art. 9.2 CE), lo que implica una toma de postura que, aunque en principio puede beneficiar los intereses culturales tanto de los grupos sociales mayoritarios como minoritarios, al ser competencia de los representantes de la mayoría social, previsiblemente se inclinará por los intereses de los primeros. Puede que incluso el propio texto constitucional haya establecido esa diferencia a través de la mención expresa de una confesión (la Iglesia Católica) y no de las demás con las que deben cooperar los poderes públicos (art. 16.3 CE).

⁵² Cfr. también respecto de Alemania UHLE (2004): pp. 347-350.

Ahora bien, dicho lo anterior, deben distinguirse los condicionantes derivados de una interpretación de los derechos fundamentales conforme a la dogmática constitucional democrática, de aquellos otros, ajenos a esta cultura política democrática, que pretenden circunscribir el ejercicio de los derechos a las prácticas asimiladas a la cultura social mayoritaria. Por lo que se refiere al ordenamiento español, a la hora de regular el ejercicio de todos los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) o de desarrollar los derechos recogidos en la Sección 1 del Cap. 2.º del Tít. I CE (art. 81 CE), el poder público no puede discriminar negativamente el ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en favor de su ejercicio asimilado a las pautas culturales mayoritarias, mucho menos si ello se encuentra textualmente desvinculado del objeto, contenido y límites de cada derecho fundamental, es decir, no puede utilizar la política de extranjería como vía para, mediante limitaciones no justificadas constitucionalmente del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales, consolidar una sociedad culturalmente homogénea. Ello se apoya en tres elementos presentes en la regulación constitucional española de los derechos fundamentales: primero, la existencia de muy pocos condicionantes culturales expuestos al su ejercicio; segundo, la inexistencia de una reserva general para la limitación de los derechos fundamentales con la finalidad de proteger bienes o valores de rango infraconstitucional como podrían ser los integrantes de una cultura social mayoritaria, y la correlativa existencia de muy pocos derechos con una específica reserva de ley para semejante limitación; y tercero y último, la presencia de una genérica obligación de maximización de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos en los que éstos se integran, que debería permitir reforzar la protección de los derechos fundamentales ejercidos por los integrantes de culturas minoritarias allí donde se pueda dar una situación de preeminencia de la cultura mayoritaria que interfiera en el libre ejercicio de sus derechos por parte de los integrantes de la cultura minoritaria, pues la promoción del pluralismo es un elemento de la cultura democrática identificativa de nuestro sistema constitucional.

No cabe, pues, en nuestro sistema constitucional una política de inmigración basada en la asimilación cultural que exija a los extranjeros que quieran residir en nuestro país más que el respeto a las condiciones constitucionales y a los límites constitucionalmente admisibles para el ejercicio de sus derechos fundamentales (art. 9.1 CE), pero nunca una decimonónica orientación de dicho ejercicio iusfundamental a las pautas culturales mayoritarias de la sociedad de acogida, como ambi-

guamente parece sugerir alguna propuesta de contrato de integración o algunas interpretaciones de la exigencia de suficiente integración en la sociedad española para la adquisición de la nacionalidad. Semejantes condicionamientos culturales del ejercicio de los derechos fundamentales, tampoco serían conformes con la restrictiva interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional español al papel del legislador respecto de los derechos fundamentales de los extranjeros *ex art. 13 CE*, condicionado por la voluntad constitucional de que el contenido esencial de ciertos derechos –tanto más cuanto más vinculados estén a la dignidad de la persona– se disfrute en idénticas condiciones por españoles y extranjeros, residentes o no residentes, legales o ilegales⁵³. Del mismo modo que, por ejemplo, no es constitucionalmente legítimo exigir que el ejercicio del derecho de manifestación se realice únicamente con ciertas finalidades, ni se puede condicionar su acceso a cargos o funciones públicas al ejercicio de otros derechos, como la libertad de elección de profesión u oficio, desvinculado de la función pública a ejercer (v. gr. excluyendo a los licenciados universitarios del concurso a un puesto de administrativo por su sobrecualificación), tampoco cabe condicionar culturalmente el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros bajo la amenaza de no concederles la extensión de un derecho fundamental inicialmente solo atribuido a los españoles, como el derecho de entrada en el territorio nacional, pues ello implicará la lesión del derecho fundamental condicionado, en tanto principio objetivo que impregna todo el ordenamiento jurídico (dimensión objetiva), así como de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

4. Límites derivados del ideario educativo constitucional como mecanismo de asimilación a la cultura democrática

La educación es uno de los mejores cauces para lograr la integración social de los individuos, especialmente los menores de edad, y para por tanto para asimilación de la cultura democrática y al mismo

⁵³ Con toda claridad la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, F. J. 4.º: «... la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

tiempo de la necesidad de recíproca adaptación al pluralismo cultural, tal y como ha puesto de relieve Declaración de los Ministros de Educación de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre educación intercultural, adoptada en Atenas el 12 de noviembre de 2003. En este sentido, que el modelo democrático previsto en la CE de 1978 sea el procedimental y no el alemán militante⁵⁴, no obsta a que el texto constitucional haya tratado de preservar la cultura democrática como marco habilitador del multiculturalismo interno y externo. Una buena forma de conseguirlo es, sin duda, colocar los valores democráticos como inspiración positiva del sistema educativo, lo que les hará operar preventivamente como un límite al ejercicio multicultural de la ciudadanía⁵⁵, minando con ello tanto el desarrollo de culturas antidemocráticas –pues no se renovarían los elementos culturales del grupo representativos de valores antidemocráticos o lo harán con mayor dificultad–, como su propia conservación –surgen elementos culturales disidentes, impregnados con los valores democráticos, que continuarán conviviendo parcialmente dentro del grupo y contribuirán a darle una nueva forma democrática a su cultura originaria⁵⁶–. Se trata de prevenir la formación o desarrollo de pautas culturales que sean contrarias al marco constitucional-democrático, y por tanto, favorecer en el mejor ámbito posible, el espacio público de la escolarización obligatoria de los menores de edad, la asimilación de esa cultura democrática por todos los individuos y los grupos en los que se integran, homogeneizando e identificando la comunidad solo a partir de unos valores fundamentales comunes, los democráticos⁵⁷. Ello cuestiona, por ejemplo, la compatibilidad con un sistema liberal-democrático de prácticas culturales como la de los Amish, los proyectos educativos segregacionistas (racial o sexualmente), o incluso el denominado *homeschooling* sin la adecuada supervisión y homologación por parte de los poderes públicos, dado que todas ellas pueden oponerse a los valores democráticos, se entiendan éstos en un sentido militante o en un sentido procedimental.

Es cierto que la garantía del derecho a la educación –y la correlativa obligación estatal de proveerla (art. 27.4 y 5 CE)– puede obedecer

⁵⁴ Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.º, y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.º.

⁵⁵ Sobre la capacidad de los poderes públicos para modular la formación de las identidades de los grupos culturales en un Estado liberal-democrático, cfr. SPINNER (1994): pp. 167 ss.

⁵⁶ En un sentido parecido, UHLE (2004): pp. 424 ss.

⁵⁷ Sobre esta función integradora de la escuela en Alemania, cfr. LANGENFELD (2001): pp. 216-218.

a más finalidades que la de preservar un sistema democrático del que forma parte el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales de los educandos, tales como la provisión de las condiciones necesarias para la igualdad de oportunidades de los individuos, o en fin la orientación de la sociedad desde sus miembros más moldeables componentes al logro de ciertas finalidades⁵⁸, pero todo ello o bien es instrumental o bien es secundario, y está subordinado a la finalidad de integración democrática del individuo en la sociedad. A este paradigma filosófico-político responde, sin duda, el art. 27.2 CE, que, dando una forma positiva e inspiradora –y no meramente negativa y limitativa– al conjunto de derechos fundamentales, principios y valores democráticos constitucionalmente garantizados, establece que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»⁵⁹. Las distintas facultades iusfundamentales a través de las cuales el art. 27 CE garantiza el derecho de todos a una educación en libertad –entre las que están libertades cuyo ejercicio multicultural es posible, como la libertad de enseñanza, la libertad de creación de centros docentes, o el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones–, se encuentran *delimitadas* por el logro de dicho ideario educativo de la Constitución⁶⁰. De ello resulta una doble vinculación jurídica⁶¹: negativa, de un lado, en la medida en que deben respetar dicho ideario, no menoscabarlo y no oponerse materialmente al mismo; y positiva, de otro lado, en la medida en que las facultades iusfundamentales de padres, alumnos y centros escolares, así como las competencias educativas de los poderes públicos (curriculares, organizativas, planificadoras, inspectoras, financiadoras, etc.) deben estar orientadas en el ámbito educativo al logro de este ideario constitucional. La razón última de esta vinculación finalista del ejercicio de los derechos educativos a la realización de una educación cívico democrática⁶², excluyendo orientaciones contrapuestas o alejadas de la

⁵⁸ Sobre estas finalidades, cfr. LANGENFELD (2001): pp. 215 ss.

⁵⁹ Sobre dicho precepto, en general, véase CÁMARA VILLAR (1988): pp. 2166 ss.

⁶⁰ Cfr. ALÁEZ CORRAL (2008): pp. 25 ss.

⁶¹ Sobre este valor jurídico del ideario educativo constitucional, cfr. CÁMARA VILLAR (1988): pp. 2185 ss.

⁶² Esta vinculación democrático-funcional del ejercicio del derecho a la educación, impropia de una democracia procedimental como la nuestra, en la que la reforma de cualquier elemento del sistema constitucional es posible por expresa decisión constitucional (art. 168 CE) ha llevado a algún sector de la doctrina a considerar al art. 27.2 CE el único

misma, quizás haya que verla en la extraordinaria importancia legitimadora que las democracias modernas depositan en la participación libre plural e igual de todos los sometidos al ordenamiento en los procesos de creación del mismo, que solo es posible allí donde los individuos llamados a participar son conscientes desde su más temprana edad y se ejercitan en las reglas de juego democrático, los valores que las inspiran y los derechos fundamentales a través de los cuales pueden vehicular dicha participación legitimadora del sistema⁶³. El mandato constitucional de una «educación cívico democrática»⁶⁴ solo se puede realizar, pues, si se consideran la libertad de transmisión y adquisición de conocimientos (libertad de enseñanza), y las libertades educativas anejas de padres, alumnos y centros escolares privados, como elementos instrumentales para la adquisición de una formación cívica (derecho a la educación).

Conscientes de lo anterior, el contrato de integración francés (art. L311-9 del Código de entrada y estancia de los extranjeros y del derecho de asilo), y el curso de integración alemán (§ 44.2 AufenthG alemana), por ejemplo, exigen a los extranjeros que estén en edad de escolarización obligatoria, de su integración republicana, es decir, de la obligación de adquirir una formación cívica y lingüística, puesto que los mismos son objeto de enseñanza obligatoria en los centros escolares. De igual modo, en España, también los inmigrantes en edad escolar obligatoria (menores de 6 a 16 años) que no hayan optado por la asignatura «Religión» deben cursar –al igual que los españoles– «Valores sociales y cívicos» o «Valores éticos» (arts. 18.3 y 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación –LOE–), cuyo contenido curricular consiste en la transmisión de los principios y valores constitucional-democráticos de la CE de 1978⁶⁵, sin perjuicio de que, además, esta educación en valores democráticos esté presente de forma transversal, como una finalidad implícita en el resto de las materias del currículo (arts. 1 y 2 LOE).

precepto constitucional en el que se expresa la construcción de una democracia militante; véase, OTTO Y PARDO (1985).

⁶³ Ya le atribuía esta función democrático-funcional al derecho a la educación expresamente KELSEN (1913): pp. 1 ss.

⁶⁴ En Alemania se ha llegado a hablar de «democracia enseñable» parafraseando el concepto de «democracia militante»; cfr. DITTMANN (1995): p. 71.

⁶⁵ La constitucionalidad de estos contenidos curriculares en la asignatura «Educación para la ciudadanía», ha sido confirmada por tres sentencias del Tribunal Supremo SSTs, de 11 de febrero de 2009 (Sala 3.^a). Sobre ellas y sobre el problema de una asignatura de educación cívica obligatoria, véase ALÁEZ CORRAL (2009): pp. 24 ss.

5. Límites derivados de las condiciones de acceso a la nacionalidad como vía para el disfrute de una ciudadanía plena

Otro de los límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales por parte de los inmigrantes procede de las condiciones de asimilación cultural y/o política que nuestro ordenamiento establece para la adquisición de la nacionalidad, al amparo de la remisión constitucional del art. 11.1 CE. Nuestro Código Civil impone ciertas condiciones a los inmigrantes extranjeros que, tras un cierto tiempo de residencia en España (variable, según el art. 22 CC, en atención a diversas presunciones legislativas sobre el grado de asimilación político-cultural del inmigrante⁶⁶) desean nacionalizarse y, con ello, acceder a grado máximo de ciudadanía democrática.

En la línea de otros ordenamientos de nuestro entorno, el Código Civil español (art. 22.4 CC) exige para la adquisición derivativa de la nacionalidad, además de un plazo relativamente largo de residencia en España, conocimientos lingüísticos y suficiente grado de integración en la sociedad española, lo que según la Disposición Final 7.^a de la Ley 19/2005, se acreditará mediante dos pruebas, una de conocimiento de la lengua española u otra lengua española cooficial de nivel A2 (en la línea del § 10.1.N.º 6 y 7 de la Ley de Nacionalidad alemana (StAG), del art. 21-24 CC francés o de la Sec. 312 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU.) y otra tipo test de conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural de España (en la línea del art. 21-24 CC francés, y del test de nacionalización del § 10.2 StAG alemana y de los §§ 43-45 AufenthG alemana), que perfilan la construcción de un ente colectivo étnico-culturalmente homogéneo. También se requiere buen comportamiento cívico (art. 22.4 CC y art. 220.5 RRC, en la línea de los arts. 21-23 y 21-27 CC francés y del art. 36 del Decreto 93-1362, de 30 de desarrollo de esos artículos) y la no comisión de actos criminales (art. 22.4 CC genéricamente y art. 220.3 RRC específicamente, en la línea de los arts. 21-23 y 21-27 CC francés y del art. 36 del Decreto 93-1362, de 30 de desarrollo de esos artículos, del art. 10.1, Núm. 2, 3, 4 y 6 Ley austriaca de ciudadanía, de la Sec. 316 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU., o del § 11 StAG alemana), así como un juramento de fidelidad al

⁶⁶ Sobre ello en detalle, ALÁEZ CORRAL (2006): pp. 166-168.

Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes (art. 23 a) CC), a la búsqueda de una cierta homogeneidad político-cultural del sujeto colectivo de la nacionalidad. Sin embargo, el carácter procedimental y no militante de nuestra democracia⁶⁷ impediría en nuestra opinión exigir una lealtad política a los candidatos a la nacionalidad (por ejemplo, la Sec. 316 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU., y el § 10.1.N.º 1 StAG alemana), pues la jurisprudencia constitucional sobre el juramento de lealtad constitucional lo ha entendido como un mero ritual carente de contenido obligatorio adicional a la general obligación de respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que impone el art. 9.1 CE⁶⁸.

¿Hasta qué punto son admisibles estas limitaciones culturales o políticas del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales por parte de los inmigrantes que quieren nacionalizarse, para reunir los requisitos necesarios para ello? En primer lugar, hay que indicar que el art. 2 del Convenio Europeo sobre Nacionalidad, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997, da a la nacionalidad una definición legal expresa y vinculante para los Estados parte (entre los que no está España), describiéndola como el vínculo legal entre una persona y un Estado que no hace referencia a su pertenencia a un grupo étnico. En segundo lugar, cabe decir que la constitucionalidad de estas exigencias de asimilación cultural o política, de nuevo, depende de la concreta configuración jurídico-constitucional que cada ordenamiento haya hecho de sus principios estructurales: así, no es la misma en democracias militantes como la alemana (art. 79.3, art. 21.2 y art. 18.3 GG), que en democracias procedimentales como la española (art. 6, art. 168 CE)⁶⁹; ni en ordenamientos en los que los extranjeros tienen constitucionalmente reconocidos más derechos fundamentales que donde tienen reconocidos menos derechos; ni tampoco en ordenamientos internamente multiculturales y territorialmente descentralizados (como España) que en ordenamientos que pretenden una homogeneidad cultural interna y por ello se organizan centralizadamente (como Francia).

En tercer lugar, se debe añadir que resulta más fácil justificar aquellos requisitos –como la posesión de unos mínimos conocimientos

⁶⁷ Cfr. entre otras la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.º.

⁶⁸ Cfr. STC 122/1983, de 23 de diciembre, FJ 5.º; la 119/1990, de 21 de junio, FF.JJ. 4.º ss., y la STC 74/1991, de 8 de abril, FF.JJ. 4.º y 5.º.

⁶⁹ Sobre la comparación entre el entendimiento del principio democrático en los dos ordenamientos, ya OTTO Y PARDO (1985): pp. 27 ss.

lingüísticos, necesarios para la comunicación con los poderes públicos, o la buena conducta cívica y la no comisión de actos criminales—que tienen una estrecha vinculación con la función constitucional y políticamente neutra de la nacionalidad de contribuir a la eficacia del ordenamiento estatal con la construcción de un pueblo o una nación de súbditos estables y permanentes⁷⁰. Por el contrario, la asimilación cultural que requiere la prueba de «suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22. 4 CC), pero sobre todo la anacrónica exigencia de «adaptación al estilo de vida y a las costumbres españolas» (art. 220.5 RRC), o los test o cursos de asimilación cultural y política se dejan justificar mucho menos desde el punto de vista de una configuración pluralista y no militante del principio democrático⁷¹. En mi opinión, dichas exigencias no deberían sustentarse en que el legislador tenga una competencia o poder soberano para la concesión de la nacionalidad⁷², en una presunta competencia discrecional (incluso política) de los poderes administrativo y/o judicial para rellenar conceptos jurídicos indeterminados como los de orden público o interés nacional⁷³, ni tampoco en una presunta necesidad democrática de homogeneidad cultural (de valores distintos de los derivados del principio democrático) del pueblo soberano. Desde el punto de vista del principio democrático, que preside ex art. 1 CE todo el ordenamiento jurídico, los requisitos para la naturalización solo se justifican en que la residencia legal haya tenido lugar de conformidad con los principios y valores constitucional-democráticos, tal y como la CE de 1978 los ha garantizado⁷⁴, pero no en una adecuación del legal *modus*

⁷⁰ Como, por ejemplo, ponen de relieve la STS de 23 de septiembre de 2004, Sala 3.ª; la STS de 29 de octubre de 2004, Sala 3.ª; la STS de 11 de octubre de 2005, Sala 3.ª; la STS de 13 de septiembre de 2006, Sala 3.ª; la STS de 9 de abril de 2007, Sala 3.ª o la STS de 4 de diciembre de 2007.

⁷¹ Cfr. ALÁEZ CORRAL (2006): pp. 181 ss.; en un sentido opuesto, cfr. WALLRABENSTEIN (1999): pp. 163 ss.

⁷² Véanse, entre muchas, la STS de 30 de noviembre de 2000, Sala 3.ª, o la STS de 12 de noviembre de 2002, Sala 3.ª.

⁷³ Véanse la STS de 8 de febrero de 1999, Sala 3.ª; la STS de 1 de julio de 2002, Sala 3.ª; la STS de 17 de febrero de 2003, Sala 3.ª; la STS de 17 de febrero de 2003, Sala 3.ª; la STS de 17 de octubre de 2007, Sala 3.ª.

⁷⁴ Como se desprende en esta dirección muy correctamente de la STS de 14 de julio de 2004, Sala 3.ª, y la STS de 19 de junio de 2008, Sala 3.ª, que convalidan la decisión administrativa de considerar la bigamia una prueba de la falta de acreditación de ese suficiente grado de integración en la sociedad española, en la medida en que la misma es reflejo de unos valores contrarios al principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el matrimonio, garantizado por los arts. 14 y 32 CE.

vivendi del solicitante de la nacionalidad a concretos valores constitucionales cambiables⁷⁵, pues de esto último implicaría una restricción del grado de pluralismo admitido por nuestro sistema constitucional-democrático y con ello la indirecta conversión de nuestra democracia procedimental en un democracia militante. Cualesquiera fundamentaciones asimilacionistas, distintas de la vinculada a la cultura constitucional-democrática, entrarían en contradicción con la supremacía de la CE de 1978 y con el mayor valor de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, como sus valores superiores, de los que son reflejo unos derechos fundamentales mayoritariamente atribuidos en condiciones de igualdad a españoles y extranjeros, a través de los cuales éstos pueden desarrollar multiculturalmente su personalidad. Y menos aún, si se tiene en cuenta que la nacionalidad es la condición de titularidad y ejercicio de los derechos consustanciales a la ciudadanía política, puesto que semejante potestad discrecional o soberana afectaría a su capacidad jurídica iusfundamental y al desarrollo de su dignidad como personas⁷⁶.

6. Límites derivados del margen de decisión política que preside las políticas de derechos fundamentales

El último grupo de limitaciones al multiculturalismo se deriva del margen de decisión política que tienen las mayorías parlamentarias y gubernamentales a la hora de desarrollar unas u otras políticas de derechos fundamentales, y que terminan siendo la expresión de las preferencias culturales mayoritarias. El multiculturalismo puede experimentar un postrero y decisivo límite precisamente como consecuencia de dicha posibilidad de fomentar o cooperar positivamente unas u otras formas de ejercicio de los derechos fundamentales, derivada de su consideración como principios objetivos que inspiran el ordenamiento jurídico⁷⁷, dependiendo de que dicha cooperación sea más o menos acomodadora o más o menos asimilacionista. Aquí sí que cabe constitucionalmente que los poderes públicos en ejercicio de sus competencias legislativa, reglamentaria o ejecutiva orienten positivamente

⁷⁵ Como sin embargo se desprende algunas decisiones jurisprudenciales; cfr. entre muchas la STS de 16 de mayo de 2015, Sala 3.ª.

⁷⁶ Sobre la capacidad jurídica iusfundamental cfr. ALÁEZ CORRAL (2003); pp.89 ss.

⁷⁷ STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.º.

(no mediante limitaciones sino mediante preferencias de optimización) la configuración de la sociedad hacia una mayor homogeneidad o heterogeneidad cultural, puesto que los fines constitucionales que las condicionan operan como normas finalistas (principios rectores de la política social económica, etc.) o como normas de principio (dimensión objetiva de los derechos fundamentales) que dejan un amplio margen de decisión política al legislador democrático. Que opte por unas u otras se manifiesta en lo igualitaria o diferenciada que sea la regulación del régimen jurídico de ejercicio de los derechos por los grupos culturales.

Estas limitaciones al desarrollo del multiculturalismo externo pueden surgir si el legislador se mantiene dentro de un entendimiento de la igualdad como identidad y trata de forma idéntica, mediante leyes generales, las situaciones en las que se encuentran los individuos y los grupos culturales; pero también si entiende la igualdad como diferencia y trata diferenciadamente las distintas posiciones en las que estima que se encuentran los individuos y los grupos culturales⁷⁸. En el primer caso, porque la generalización del tratamiento normativo de situaciones que pueden ser diferentes al final responde a la percepción socialmente mayoritaria de que ciertas características son idénticas en los individuos y en los grupos y por ello merecen un tratamiento igual, lo que responde a una asimilación a través del patrón cultural mayoritario. Y en el segundo caso, porque la decisión acerca de si dos situaciones son culturalmente diferentes y merecen un trato diferenciado es competencia en los Estados democráticos de los Parlamentos representativos de la pluralidad social, que pueden decidir por criterios mayoritarios siempre que no se vea afectada la igualdad básica⁷⁹, identificable con el contenido esencial y los requisitos constitucionales por la limitación de los derechos fundamentales.

La intervención del Estado moderno en las relaciones sociales se ha demostrado no solo como inevitable para eliminar los conflictos sociales derivados del choque entre individuos y culturas a la hora de ejercer sus derechos (Estado liberal), sino también como deseable para configurar la sociedad conforme a ciertos valores de justicia (Estado social), lo que incluye la posibilidad de intervención del Estado para maximizar el ejercicio, multicultural o monocultural, individual

⁷⁸ Sobre las diferencias entre igualdad como identidad e igualdad como diferencia, véase ROSENFELD (2007): pp. 158-165.

⁷⁹ Cfr. WALDRON (2007): pp. 129 ss.

o colectivo, de los derechos fundamentales a través de distintas políticas, asociativas, tributarias, educativas, medioambientales, etc.⁸⁰. Entre las medidas a adoptar para la gestión de la multiculturalidad⁸¹ no solo se encuentran la articulación jurídico-constitucional de cláusulas de multiculturalidad⁸² y formas autogobierno (más habitual en el caso del multiculturalismo interno⁸³), o las medidas de protección jurídica de la conducta cultural de un grupo, tanto internamente frente a sus miembros como externamente frente a la mayoría social a través de la correcta limitación o delimitación de los derechos fundamentales. También cabe hablar de la necesidad de tratar diferenciadamente situaciones culturalmente diferentes (igualdad diferencia) o de la adopción de medidas de acción positiva de los poderes públicos, que van desde subvenciones para la integración social de las formas asociativas en las que se manifiestan estos grupos culturales minoritarios, hasta la articulación de formas de representatividad especial en el ámbito local que garanticen su derecho a ser oídos en asuntos que les afecten –consejos municipales de inmigración españoles, o consejeros extranjeros adjuntos de algunos municipios italianos, etc.–, pasando por la creación de espacios públicos (sobre todo en la escuela) para la manifestación de este pluralismo cultural (como los acuerdos con las distintas confesiones religiosas al amparo del art. 16.3 CE). Todo ello se puede integrar en lo que se ha venido a llamar doctrinalmente⁸⁴ desde su aparición en el mundo jurídico norteamericano⁸⁵ «acomodo razonable», cuyo desarrollo en el ámbito de las relaciones interculturales tiene una extensa plasmación en el Informe

⁸⁰ Para OFFE (1998): pp. 124 y ss., los derechos de los grupos constituyen una técnica jurídica para actuar sobre los conflictos de identidad y surgen como adicionales a los derechos civiles y políticos (conflictos ideológicos) y a los derechos sociales (conflictos de intereses).

⁸¹ Una clasificación de todas estas formas de intervención del Estado en el multiculturalismo interno y externo se pueden ver en KYMLICKA (2000): pp. 24 ss.

⁸² Como la que contiene la Sec. 27 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, que establece la obligatoriedad de una interpretación de la misma acorde con la preservación y fomento del *patrimonio multicultural de los canadienses* (la cursiva es nuestra).

⁸³ No en vano, el art. 46 de la CE también establece que «los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del *patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España...*» (la cursiva es nuestra)

⁸⁴ RUIZ VYETEZ (2009): pp. 4 ss.

⁸⁵ Véase el Título VII de la Civil Rights Act estadounidense de 1964 y la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, Ontario Human Rights Commission versus Simpsons- Sears, [1985] 2 S.C.R. (*Supreme Court Review*) 536. En detalle sobre los orígenes de la idea base ELOSEGUI ITXASO (2013): pp.55 ss.

de la Comisión Bouchard-Taylor para Quebec de 2008⁸⁶. Un concepto que en un sentido técnico jurídico implica para los poderes públicos una obligación jurídica derivada del derecho a la igualdad y a la no discriminación, consistente en tomar medidas razonables para armonizar una acción o inacción con una determinada demanda de ejercer un derecho, a menos que ello cause una carga excesiva⁸⁷.

Aunque todas estas fórmulas de acomodo razonable permitirían la protección de las minorías culturales frente a la mayoría social dominante⁸⁸, mientras no se establezca discriminación por indiferenciación como contenido obligatorio de la prohibición de discriminación del art. 14 CE con el fin de evitar discriminaciones indirectas, su aplicación genérica o específica al ámbito de las diferencias culturales/religiosas no deja de estar en manos de la cultura política dominante de la mayoría legislativa y gubernamental. Y lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional hasta ahora no ha afirmado ni la prohibición de discriminación por indiferenciación⁸⁹, ni mucho menos la exigencia de acomodos razonables en materia de diversidad cultural o religiosa, y el tímido avance que en este sentido supuso a principios del siglo XXI la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de abril de 2000, Caso Thlimmenos v Grecia (ECHR 2000-IV), no se ha consolidado en la jurisprudencia del TEDH en materia de diversidad cultural y religiosa⁹⁰, en buena medida porque la valoración y elección de los criterios o rasgos que justifican (y obligan) a la diferenciación de trato es política y, además de entrar en el reconocido margen de apreciación del Estado, debe corresponder en principio a quien está legitimado constitucionalmente para ello, el legislador⁹¹.

⁸⁶ *Building the Future. A Time for Reconciliation. Québec, Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Differences*: <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf> (consultado el 12 de noviembre de 2015).

⁸⁷ RUIZ VYETEZ (2009): p. 8.

⁸⁸ KYMLICKA (200): pp. 25-26.

⁸⁹ Entre muchas, véase la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.º, la STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7.º y la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 3.º.

⁹⁰ Véase, entre otros, el Auto del TEDH de 4 de marzo de 2008 (Caso El Morsli v. France), que declara inadmisibile el recurso de una mujer musulmana obligada a quitarse el velo integral ante un agente varón para acceder a un consulado francés en Marruecos, a pesar de la disposición de la mujer a quitárselo delante de un agente femenina; y la Sentencia del TEDH de 3 de abril de 2012 (Caso Sessa v Italy), ECHR-2012, convalidó igualmente la negativa del Estado italiano a cambiar la fecha de testimonio en un juicio para adecuarla a la celebración por un testigo de una festividad religiosa.

⁹¹ REY MARTINEZ (2011): p. 171.

Esta situación constitucional conlleva atribuir a la mayoría política representada en las instituciones de gobierno la decisión acerca de cuáles son los grupos culturales que deben ver reconocida jurídicamente esa pretensión de protección y qué medios se va a poner a su disposición, así como qué conlleva una carga excesiva como para excluir el acomodo por irrazonable, sobre todo cuando para la protección se necesita utilizar bienes escasos, esto es, cuáles son las circunstancias diferenciales que justifican objetivamente un trato normativo diferente y cuáles no. Este *indirizzo* político *pro* o *contra* la multiculturalidad solo se ve limitado constitucionalmente por el respeto a la configuración constitucional de los derechos fundamentales (que también disfrutaban los inmigrantes) y por los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, pero no por un general requerimiento de trato igual o trato diferenciado de la diversidad cultural, que se derive del principio de igualdad o de un inexistente principio constitucional de acomodos razonables.

Solo en ciertos sectores (como la protección de la infancia o de las personas con discapacidad), de la mano de los mandatos de acción positiva constitucionalmente previstos en los arts. 39 y 49 CE respectivamente, se ha introducido legalmente la exigencia de acomodos razonables, sea a través de normas internacionales o a través de Directivas de la Unión Europea⁹², pero hasta la fecha esa exigencia legal no alcanza la diversidad cultural o religiosa⁹³, por lo que éste es un ámbito abierto de nuevo a la libre decisión política del Parlamento y del Gobierno sobre unas u otras políticas de acomodo razonable de la diversidad. Y

⁹² Por ejemplo el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, bajo el título de «Ajustes razonables para las personas con discapacidad», establece: «A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades»

⁹³ Esta diversidad sería englobable dentro de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, cuyo art. 5, bajo el título «Acción positiva», solo se refiere a que «Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto.»

en éstas, los intereses de las minoras culturales exógenas no siempre salen bien parados. Piénsese, por ejemplo, en las subvenciones a las asociaciones de interés o utilidad pública, así como en la cooperación económica o educativo-cultural con la Iglesia Católica mucho más reducida con las demás confesiones⁹⁴.

Debe ser en sede política (parlamentaria y/o gubernativa) donde se cambien las preferencias de la política de derechos fundamentales y se adopte, en su caso, una política de acomodo razonable e igualdad por diferenciación normativa, no convirtiendo la Constitución en un programa social pro multiculturalidad a ejecutar por el legislador ordinario. Pero ello requiere una cultura cívico-democrática en la ciudadanía que haga de la pluralidad cultural, especialmente en el espacio público, un valor merecedor de protección incluso a través del gasto público. Ciertamente, es posible que el avance del ordenamiento jurídico en su capacidad para absorber la creciente complejidad social demande cada vez más normas diferenciadas, basadas en el criterio de la igualdad-diferencia, que ahonden en el pluralismo en lugar de reducirlo, pero los propios condicionamientos estructurales de todo ordenamiento democrático requieren que semejante decisión quede en manos de los representantes de la mayoría social de cada momento. En un Estado democrático, marco abierto de opciones políticas diversas, el legislador no es un mero ejecutor del programa constitucional, sino que ha de disponer de ciertos márgenes de decisión política que pueden tanto potenciar como limitar el multiculturalismo externo, en la medida en

⁹⁴ Así, por ejemplo, en nuestra opinión, es totalmente ajustada a derecho la decisión de la STSJ de la Comunidad de Madrid 388/2015, de 16 de junio de 2015, que desestima la solicitud de una alumna musulmana de un Colegio Público madrileño para que se le adaptase el menú escolar a la exigencia religiosa de no comer carne de cerdo, es decir, el acomodo razonable a su diferencia cultural, en la medida en que el art. 14.4 de la Ley 26/1992 de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, no establece una obligación de acomodo razonable sino únicamente un principio finalista de actuación en esta materia «La alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán)». Y el art. 5 in fine de la Orden 917/2002 de 14 de marzo, de la Consejería de Educación, por la que se regulan los comedores colectivos escolares en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid, establece que «El menú será único para todos los usuarios del servicio de comedor, salvo en aquellos casos que por razones excepcionales y justificadas sean aprobados por el Consejo Escolar». Es decir, ha optado por privilegiar a la cultura mayoritaria (en cuestiones alimenticias mayormente secularizada) y tratar indiferenciadamente la oferta de menús en el servicio de comedor escolar.

que establezcan exigencias explícitas (en forma de requisitos) o implícitas (vedando el acceso a las ayudas a otros grupos no asimilados) de asimilación a la cultura socialmente mayoritaria, más allá de requerir el mero respeto del marco constitucional-democrático.

7. Bibliografía

- ALÁEZ CORRAL, Benito (2000), *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEPyC, Madrid.
- (2003), *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.
- (2005a), «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional», *Historia Constitucional. Revista electrónica*, Vol. 6.
- (2005b), «Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, N.º 127.
- (2006), *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2008), «Caso Folgero y respeto a las convicciones morales de los padres en materia educativa», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, N.º 3.
- (2009), «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre Educación para la ciudadanía», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N.º 5.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco (1998), «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos*, N.º 1
- (2004), «La interpretación de los derechos fundamentales» en Varios autores, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1993), «Teorías e interpretación de los derechos fundamentales» en E.-W. BÖCKENFÖRDE (edit.), *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden.
- BOSNIAK, Linda (2006), *The citizen and the alien, Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton University Press, Princeton/Oxford.
- BRUBAKER, Rogers (1992), *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.).
- (2001) «The return of assimilation? Changing perspectives on immigration and its sequels in France, Germany, and the United States», *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 24, N.º 4.

- BRYDE, Brun-Otto (1989), «Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie», *Juristen Zeitung*, Vol. 44.
- (1995), «Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie» *Staatswissenschaft und Staatpraxis*, N.º 3.
- CAMARA VILLAR, Gregorio (1988), «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», en VV.AA., *X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Introducción a los Derechos Fundamentales*, Vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid.
- CLAVERO, Bartolomé (2007), «¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 41.
- COSTA, Pietro (1999-2001), *Civitas. Storia de la cittadinanza in Europa*, Vol. I-IV, Laterza, Roma/Bari.
- DITTMANN, Armin (1995), «Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat», *VVDStRL*, Vol. 54.
- DOPPELT, Gerald (2001-2002), «Illiberal cultures and groups rights: a critique of multiculturalism in Kymlicka, Taylor and Nussbaum», *Journal of contemporary legal issues*, Vol. 12.
- ELOSEGUI ITAXO, Maria (2013), *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable*, Aranzadi, Cizur Menor.
- FAHRMEIR, Andreas (2000), *Citizens and Aliens. Foreigners and the law in Britain and the German States 1789-1870*, Berghahn Books, New York/Oxford.
- FISS, Owen, «The immigrant as pariah», en Owen FISS (edit.), *A Community of Equals. The constitutional protection of the New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999.
- GIRAUDON, Virginie (2008), Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea, *Analysis of the Real Instituto Elcano (ARI)*, N.º 43.
- GOSEWINKEL, Dieter (2001) *Einbürgern und Ausschiessen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- HABERMAS, Jürgen (1994), «Staatsbürgerschaft und nationale Identität» (1988), en *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M.
- HÄBERLE, Peter (1998), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin.
- ISENSEE, Josef (1989), «Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung», en Dieter SCHWABE (ed.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker & Humblot, Berlin.

- KELSEN, Hans (1913), «Politische Weltanschauung und Erziehung», *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung*, Vol. 2.
- (1929) *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, J.C.B. Mohr, Tübingen.
- KYMLICKA, Will (1995), *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford.
- (2000), «Citizenship in culturally diverse societies: issues, contexts and concepts», en KYMLICKA/NORMAN (eds.) *Citizenship in diverse societies*, Oxford University Press, Oxford.
- LANGENFELD, Christine (2001), *Integration und kulturelle Identität zugewanderten Minderheiten*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- LUCAS, Javier de (2003), «Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.
- MARSHALL, Thomas H. (1992), *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago.
- MASSING, Johannes (2001), *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- MCGOLDRICK, Dominic (2006), *Human rights and religion: the islamic headscarf debate in Europe*, Hart, Oxford.
- MEZEY, Naomi (2001), «Law as culture», *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 13, N.º 1.
- MODOOD, Tariq (2000), «Anti-essentialism, multiculturalism and the recognition of religious groups», en KYMLICKA/NORMAN (eds.), *Citizenship in diverse societies*, Oxford University Press, Oxford.
- OFFE, Claus (1998), «Homogeneity and constitutional democracy: coping with identity conflicts through group rights», *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, N.º 2.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de (1985), *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PREUSS, Ulrich (1999), «A right to dignity», publicados ambos en Owen Fiss (edit.), *A Community of Equals. The constitutional protection of the New Americans*, Beacon Press, Boston.
- PRESNO LINERA, Miguel (2003), *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid.
- RAZ, Joseph (1998), «Multiculturalism», *Ratio Juris*, Vol. 11, N.º 3.
- REY MARTINEZ, Fernando (2011), «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 45.
- ROSENFELD, Michel (2007), «Equality and the dialectic between identity and difference», en Omid A. p. Shabani (edit.), *Multiculturalism and law: a critical debate*, University of Wales, Cardiff.

- RUBIO-MARÍN, Ruth (2000), *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University press, Cambridge.
- RUIZ VYETEZ, Eduardo (2009), «Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 18.
- SARTORI, Giovanni (2001), *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus Ediciones, Madrid.
- SPINNER, Jeff (1994), *The boundaries of citizenship. Race, ethnicity and Nationality in the Liberal State*, Johns Hopkins University Press, Baltimore/London.
- UHLE, Arnd (2004), *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2004), «Objeto, contenido y límites de los derechos fundamentales» en Varios autores, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.
- WALDRON, Jeremy (2007), «Status versus Equality: the accommodation of difference», en Omid A. p. Shabani (edit.), *Multiculturalism and law: a critical debate*, University of Wales, Cardiff.
- WALLRABENSTEIN, Astrid (1999), *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

