

Benito Aláez Corral (coord.)

Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales

| CENTRO DE | ESTUDIOS | POLÍTICOS Y | CONSTITUCIONALES |

MADRID, 2016

Capítulo II

■ Ciudadanía democrática y límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público¹

BENITO ALÁEZ CORRAL

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo
benito@uniovi.es

1. Espacio público en transformación y ejercicio multicultural de los derechos fundamentales

No es ninguna novedad decir que el espacio público se caracteriza por ser, en primer término, un espacio de titularidad estatal². Pero, más allá de ello, se caracteriza sobre todo desde las revoluciones liberal-democráticas por su función instrumental al servicio de la construcción de una opinión pública libre mediante la escenificación del debate libre, plural e igual de las ideas políticas entre ciudadanos³. Es, pues, un ámbito de relación comunicativa orientado funcionalmente a que en él se manifieste la pluralidad existente en la sociedad, porque esa manifestación contribuye a conformar la opinión pública libre que es imprescindible para la funcionalidad del Estado democrático.

El concepto de espacio público, entendido desde esta perspectiva de su función para el Estado constitucional democrático, se halla en una constante y profunda evolución en todas las sociedades occidentales y, en particular en la europea, ya desde el nacimiento mismo del Estado moderno. Pero este cambio es mucho más perceptible en el

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de las actividades del Proyecto de investigación DER 2013-40719-R «Espacio público, derechos fundamentales y democracia en la sociedad multicultural» (2014-2016).

² Cfr. BORJA (1998).

³ Cfr. HABERMAS (1990) pp. 122 ss.

final del siglo xx y el inicio del XXI, época dorada de las migraciones humanas y de la revolución tecnológica. Todo ello tiene un inevitable impacto en las condiciones jurídicas de ejercicio de los derechos fundamentales dentro del mismo, puesto que han variado los elementos facticos de configuración del ámbito en el que se ejercen los derechos y por tanto de la función democrática que puedan llegar a desempeñar. Así, por ejemplo, ya no es posible entender como espacio público únicamente el espacio físico sometido a dominio público, sino que también ciertos espacios privados (como, por ejemplo, las escuelas concertadas o incluso puramente privadas) y nuevos espacios virtuales de comunicación pública desempeñan una función semejante para el sistema político democrático a la que tradicionalmente se asigna al espacio público físico, y por ello han sido objeto de intervención regulatoria por parte del Estado.

La evolución social en el final del siglo xx y el inicio del siglo XIX, marcada no solo pero también por la revolución tecnológica y la globalización, ha acentuado la multifuncionalidad del espacio público. La permanente tensión existente entre lo público y lo privado, y entre mayoría y minoría, reproduce una sucesión de conflictos que se intensifican cuanto más plural es culturalmente una sociedad, y cuanto más tipos de espacios públicos o espacios privados de uso público⁴ aparecen, aunque unos y otros no lleguen a identificarse en lo que respecta a la importancia e intensidad de la función democrática que desempeñan⁵.

En efecto, el espacio público (físico y digital) de las sociedades europeas del siglo XXI no se puede concebir sin hablar de multiculturalismo, no sólo porque algunas de estas sociedades, como la española, se hayan gestado a partir de una pluralidad 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

⁴ En los que un derecho a excluir a cualquiera arbitrariamente del uso de dicho espacio no se puede sostener ya en las modernas sociedades urbanas; GRAY/GRAY (1999) p. 10.

⁵ MITCHELL (1995): p. 121.

círculos culturales a los que pertenece la población inmigrante de nuestro país (multiculturalismo externo)⁶. El concepto de cultura aquí utilizado 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 nacimiento⁷, y que abarcan desde la ideología, la religión, las tradiciones y costumbres, o el propio derecho, hasta las destrezas o conocimientos suplementarios adquiridos que conforman el concepto de cultura en un sentido más estricto (al que hacen referencia por ejemplo los arts. 3, 46 o 143 CE). El término multiculturalismo, por su parte, 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, como se verá, ha adoptado un modelo híbrido entre las dos posturas extremas mencionadas.

Una de las cuestiones jurídico-constitucionales a resolver es la de si la integración social de los nuevos habitantes por la vía de su ejercicio de los derechos fundamentales en el espacio público⁸ debe ser la expresión de una acomodación y ajuste recíprocos entre la cultura mayoritaria y las culturas provenientes de los movimientos migratorios⁹ o, por el contrario, está condicionada por la asimilación de dicha cultura mayoritaria por parte de los inmigrantes¹⁰. Ante este dilema, son posibles diversas respuestas que van desde el *melting pot* estadounidense de los años sesenta o el actual Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración del Gobierno de España, hasta la exigencia

⁶ 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.

⁷ En el sentido ya clásico en el que la utiliza HÄBERLE (1998): pp. 2 ss.; y en nuestro país, Clavero (2007): p. 204.

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

⁹ Sobre la vinculación entre democracia y multiculturalismo, véase MODOOD (2000): pp. 192 ss.

¹⁰ Sobre los distintos sentidos del término asimilación (cultural), cfr. BRUBAKER (2001): pp. 531-548.

del «contrato de integración» francés¹¹, en lo general, pasando por las prohibiciones francesa de portar ciertas vestimentas o símbolos religiosos en ciertos espacios¹², y por la opuesta aceptación británica de dichos símbolos siempre que los mismos no alteren el normal desarrollo de la actividad escolar¹³, en lo particular. Ciertamente, la Unión Europea ha dado unos 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 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 enten-

¹¹ Otras fórmulas que se van ensayando en Europa desde los años noventa del siglo xx son los cursos de integración cívica holandeses, 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).

¹² Cfr. 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; seguida en su país vecino por la Ley belga prohibitiva del uso de prendas que oculten total o parcialmente el rostro de 1 de junio de 2011.

¹³ 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.

dimiento pluralista del principio democrático, que no se reduce a la regla de la mayoría sino que exige el respeto de los derechos constitucionales garantizados a la minoría¹⁴, 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 individuo¹⁵. 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 cultural¹⁶, tal y como ha puesto de relieve la historiografía jurídica más relevante en los distintos países¹⁷. 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, han democratizado plenamente el ejercicio del poder¹⁸, el estatuto fundamental de libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra, pasa a derivarse del principio constitucional de Estado democrático, y no de ninguna otra circunstancia o *estatus* previo, como la pertenencia a una comunidad cultural¹⁹, 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, definitoria del principio democrático, de que los sometidos al poder del Estado puedan participar de forma libre, igual y plural

¹⁴ 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.

¹⁵ En un sentido parecido en este punto, SARTORI (2001): pp. 61 ss.

¹⁶ Para un análisis de la evolución histórico-funcional de la nacionalidad y la ciudadanía véase ALÁEZ CORRAL (2005a).

¹⁷ Cfr. entre muchos, BRUBAKER (1992); GOSEWINKEL (2001); FAHRMEIR (2000).

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

en la creación normativa a la que van a estar sujetos («democracia de afectación»)²⁰ es el elemento identitario-cultural más importante de nuestro sistema jurídico²¹ 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 en el espacio público, especialmente por parte de los extranjeros residentes. Para saber en qué grado 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 grado esa misma ciudadanía puede operar como límite a dicho multiculturalismo, es preciso, en primer lugar, realizar un somero recorrido por la noción de ciudadanía democrática y su función vehicular de la integración social de los inmigrantes, y con ello, al mismo tiempo, de la integración dentro de la sociedad de acogida de la pluralidad cultural que pueden transmitir. Sólo así, finalmente, será posible en segundo lugar esbozar los límites que se deducen para el ejercicio multicultural de los derechos fundamentales de esa misma ciudadanía democrática que lo hace jurídicamente posible.

²⁰ 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.

²¹ UHLE (2004); pp. 112.

2. Ciudadanía democrática y ejercicio multicultural de los derechos fundamentales

2.1 INTEGRACIÓN SOCIAL Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DIVERSOS GRADOS DE CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

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 individuos²², 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 fagocitación asimilacionista que pretende 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. Y aunque se ha vinculado desde las revoluciones liberal-democráticas con la posesión de la nacionalidad, esta última también ha ido perdiendo buena parte de su original impregnación cultural asimilacionista, hasta el punto de que el art. 2 de la Convención Europea sobre Nacionalidad de 1997, la define legalmente como «el vínculo legal entre una persona y un Estado, pero que no refleja su pertenencia a un grupo étnico».

Aunque no existe una definición legal, la ciudadanía moderna puede ser concebida jurídico-constitucionalmente como el vínculo 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 inmigrantes²³. Por tanto, si la ciudadanía

²² Cfr. COSTA (1999-2001).

²³ 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,

debe ser, utilizando las palabras del sociólogo inglés T. H. Marshall, la expresión de la plena pertenencia del individuo a la comunidad²⁴, 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 ni se identifica, pues, con la nacionalidad, ni se orienta a la conservación de una identidad étnica mayoritaria (ciudadanía nacionalizada) o minoritaria (ciudadanías diferenciadas equivalentes), sino únicamente de una cultura política que, en un Estado constitucional democrático, es compatible con una pluralidad cultural individual y colectiva²⁵.

Por eso, la *nacionalización de la ciudadanía*, subsiguiente a la decimonónica absorción de la ciudadanía por la nacionalidad, que condujo a circunscribir la capacidad de participación en el ejercicio de la soberanía únicamente a los individuos pertenecientes a un colectivo, 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 jurídico²⁶, es uno de los aspectos que presenta mayores dificultades de compatibilidad con el principio democrático y sus presupuestos (libertad, igualdad y pluralismo), 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 participar²⁷; e inversamente desvinculado de una homogeneidad cultural que es contraria al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), expresión de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como valores superiores de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE). Una adecuada compatibilización entre el principio democrático y la necesidad de definir un colectivo al que imputar la soberanía a través de la nacionalidad requiere reconstruir esta última desde una perspectiva democrática, esto es, en función de la ciudadanía, y no

pero no a la inversa), 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.

²⁴ MARSHALL (1992): p. 8.

²⁵ HABERMAS (1994): pp. 642-643

²⁶ Exponente de ello es en Alemania, por ejemplo, ISENSEE (1989): p. 711.

²⁷ BRYDE (1995): pp. 307 ss.

a la inversa. Ello exige alejarse de un concepto objetivo de nación y aproximarse a un concepto subjetivo en el que el factor determinante lo constituya la sujeción igual 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 nacional²⁸.

De un lado, bien sea la necesidad de estructurar jurídicamente la sociedad de forma que no se formen grupos socialmente subordinados a otros, o bien la progresiva humanización de los ordenamientos jurídicos estatales conforme a un ideal ético de persona digna²⁹, han conducido a que los distintos textos constitucionales democráticos hayan extendido una buena parte de los derechos civiles, sociales e incluso políticos a todas las personas que tengan contacto con el ordenamiento jurídico. Prueba de ello es, por ejemplo, que la libertad personal, la ideológica o la religiosa, así como el derecho a la atención sanitaria de carácter urgente, necesaria para la salvaguardia del derecho a la vida, o 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. Pero sobre todo es prueba de ello que se atribuyan a todas las personas, bien por mandato constitucional (*arts. 20, 21 y 22 en relación con el art. 13 CE*), bien por mandato convencional (*arts. 10, 11 o 12 CEDH*), los derechos de participación política difusa, como la libertad de expresión, el derecho de asociación o los derechos de reunión y manifestación, todos los cuales despliegan su funcionalidad principal en el espacio público contribuyendo a la formación de una opinión pública libre. De otro lado, sin embargo, ello tampoco implica que a toda persona se le atribuyan los derechos de participación política en sentido estricto (como el sufragio activo y pasivo en elecciones nacionales o el acceso a cargos y funciones

²⁸ ALÁEZ CORRAL (2005): pp. 133-134.

²⁹ 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.

públicas), sino que éstos permanecen parcialmente vinculados a los integrantes de una colectividad nacional³⁰. Muchos ordenamientos, 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 nacionales³¹, 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 nacional³².

Esto da lugar a la existencia de diversos grados o niveles de ciudadanía, según la intensidad de participación del individuo en la comunidad política en la que está integrado, de los cuales el que corresponde a los ciudadanos nacionales es, en principio, el más intenso, dado que les permite ejercer la plena ciudadanía política³³, y el de los ciudadanos extranjeros no comunitarios que no residen en España es el menos intenso, dado que les permite ejercer ciertos derechos civiles

³⁰ Aunque dicha extensión se pida desde diversos sectores doctrinales, no solo en relación con los extranjeros residentes legales (residentes permanentes) sino también 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.

³¹ 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».

³² 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—*).

³³ BOSNIAK (2006): pp. 34-35.

sólo cuando esporádicamente entran en contacto personal con el poder público español en actuaciones extraterritoriales de éste.

En la línea de facilitar la integración a través de la participación política de los inmigrantes se orienta la noción extensa de ciudadanía europea o «ciudadanía cívica» de la que habla el 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 dicho organismo aboga por construir la ciudadanía europea en torno al criterio de la residencia y no el 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 algunos 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, a los que habría que añadir los derechos de ciudadanía política.

2.2. EXTENSIÓN DEL EJERCICIO MULTICULTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DE LA RECÍPROCA ADECUACIÓN INTERCULTURAL A LA ASIMILACIÓN DE LA CULTURA CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA

De lo anterior cabe deducir que, en la medida en que el ejercicio de los derechos fundamentales permita integrar socialmente a inmigrantes procedentes de ámbitos culturales distintos del de la sociedad de acogida, se abre la puerta al multiculturalismo 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 culturas³⁴. Los inmigrantes —igual que los nacionales— no tienen circunscrito el ejercicio de la mayoría de sus derechos fundamentales a la realización de un objeto iusfundamental culturalmente asimilado a las costumbres o pautas culturales mayoritarias, sino que la apertura y abstracción constitucional, consustancial

³⁴ 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.

al principio democrático, les permiten su ejercicio multicultural, fuera o dentro del espacio público, por encima de aquéllas. Allí donde no se ha distinguido entre ciudadanos nacionales y ciudadanos extranjeros a la hora de atribuir la titularidad de ciertos derechos fundamentales, se sigue que, del mismo modo que la jurisprudencia constitucional española (STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FF.JJ. 3º-9º y STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, F.J. 7º) 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 persona, tampoco cabría exigir directa o indirectamente de los inmigrantes su asimilación a la cultura mayoritaria para permitirles su ejercicio especialmente en el espacio público, sino que ésta se puede 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 impregnación cultural y permite, por tanto, el ejercicio de los mismos en el espacio público alineado o desviado de la cultura mayoritaria³⁵.

Ello cuestiona, al menos en el ordenamiento español, la constitucionalidad de los ya mencionados contratos o cursos obligatorios de integración, en la medida en que exijan al ciudadano extranjero renunciar a ciertas variantes multiculturales —pero legales— del ejercicio de sus derechos fundamentales en el espacio público 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 acceso mismo a la nacionalidad; sobre todo cuando esas limitaciones no siempre tienen que ver con la función democrática de la comunicación en el espacio público. Las democracias modernas, especialmente las procedimentales, no pueden limitar la libertad individual y el pluralismo que expresa el ejercicio de unos derechos fundamentales que ellas mismas han garantizado, en aras de preservar unas condiciones socio-culturales en las que aquéllas se han gestado sin, al hacerlo, destruir los mismos elementos que las

³⁵ Cfr. UHLE (2004): pp. 3091-311.

caracterizan e identifican. De existir una obligación, más bien sería la contraria, la de preservar la multiculturalidad de la sociedad, a tenor la garantía constitucional del pluralismo 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 del individuo que son expresión de su dignidad y, con ello, de la libertad y la igualdad (también art. 1.1 CE)³⁶.

En este sentido, la cuestión clave es si el ordenamiento constitucional-democrático permite un multiculturalismo absoluto, que coloque a las culturas minoritarias procedentes de la inmigración en posición de igualdad o más favorecida con respecto no ya a una particular cultura mayoritaria, sino a misma identidad 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 la posesión de la nacionalidad. De una y de 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 ciertas limitaciones para el desarrollo de ese multiculturalismo, que *grosso modo* podemos vincular a la necesidad de respetar y/o comprometerse positivamente con los valores y principios del Estado constitucional-democrático, es decir, a una asimilación de la cultura constitucional-democrática. Ello es tanto más así en la medida en que el Derecho forma parte de un sistema cultural³⁷ y refleja una determinada identidad cultural en sus disposiciones constitucionales, especialmente en las relativas a los derechos fundamentales y a los principios y valores fundamentales, de la que, sin duda, forma parte la apertura al pluralismo cultural³⁸.

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 a través del ejercicio de los derechos funda-

³⁶ Sobre el pluralismo como garantía de la igualdad en la diferencia, cfr. ROSENFELD (2007): pp. 156 ss.

³⁷ Sobre el derecho como cultura, cfr. MEZEY (2001): pp. 35 ss.

³⁸ Sobre ello en detalle, cfr. UHLE (2004): pp. 351-352.

mentales en el espacio público la introducción y desarrollo de nuevas culturas con el único límite funcional de ajustarse en su desarrollo a las propias pautas comunicativas que éstos establecen, esto es, ser desarrolladas por medios legales, por lo menos en las democracias procedimentales en las que, apartándose de un entendimiento sustancialista de la democracia³⁹, 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 y coexistencia de diversas subculturas, mayoritarias o minoritarias, sino también en el límite a esas subculturas⁴⁰, en la medida en que éstas bien no podrán prescindir del marco cultural democrático de referencia que la Constitución establece, o bien sólo 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 cualificadas, tal y como se desprende de la jurisprudencia constitucional española (STC 48/2003, de 12 de marzo, FFJJ 7º-10º). Distinto sería el caso de las «democracias militantes» que, al estar dotadas de cláusulas de intangibilidad, identificarían en estos límites materiales absolutos a la reforma constitucional una identidad cultural estática dentro del sistema jurídico⁴¹, y constreñirían desde la base mucho más la capacidad de adaptación y recíproco ajuste multicultural, 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 intangibilidad⁴².

Si dejamos a un lado las cláusulas de intangibilidad como fuente de límites al multiculturalismo, el resto de límites constitucional-democráticos al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público se pueden derivar de cuatro grandes fuentes normativas, que se analizarán seguidamente con un poco más de detalle, concentrando las referencias ejemplificativas en el derecho positivo

³⁹ SARTORI (2001): pp. 54-55

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

⁴¹ Cfr. UHLE (2004): pp. 109 ss.

⁴² Sobre esta disfunción de las cláusulas de intangibilidad para la autorreferencialidad y positividad del sistema jurídico, cfr. ALÁEZ CORRAL (2000): pp. 405 ss.

español: las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales; el denominado «ideario educativo constitucional»; las condiciones legales de adquisición de la nacionalidad; y finalmente la potestad de adopción de concretas políticas de derechos fundamentales en manos de las mayorías políticas dominantes.

3. Los límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público

3.1. LÍMITES DERIVADOS DE LAS CONDICIONES CONSTITUCIONALES DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El primer aspecto de la búsqueda de equilibrio entre la acomodación intercultural y la asimilación del marco constitucional-democrático tiene que ver con el hecho de que el multiculturalismo se encuentra limitado por los propios límites y delimitaciones que cada ordenamiento constitucional le ha impuesto al ejercicio, multicultural o no, de los derechos fundamentales, especialmente en el espacio público, que, dada la función democrática de éste, es donde se manifiesta más intensamente su incidencia en la formación de una opinión pública libre esencial para la expresión de la voluntad colectiva. Estos límites al multiculturalismo dependen tanto de la concreta redacción de los enunciados definitorios del objeto, contenido y límites de cada derecho fundamental, como 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 interpretación⁴³, y consiguientemente influir en el multiculturalismo que su ejercicio puede desplegar. Esta teoría constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales se sirve de toda una batería de conceptos jurídico-constitucionales dirigidos a conciliar una igual ciudadanía democrática con las diferencias derivadas del ejercicio multicultural de los derechos, como la cláusula

⁴³ 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 BASTIDA FREJEDO (2004): pp. 77 ss.

del contenido esencial, la noción de garantía institucional, la eficacia horizontal y no sólo vertical de los derechos, su dimensión objetiva, el principio de proporcionalidad, etc..., cuya normatividad se configura, con sutiles matices, de forma diferente en cada concreto ordenamiento constitucional.

En este mismo sentido, a pesar de que a nivel europeo se pueda hablar de unas tradiciones y principios constitucional-democráticos comunes a los Estados miembros de la Unión Europea (arts 2 y 6.3 TUE), 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 ejemplo, no resultarán los mismos límites para el ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público de la delimitación de estos últimos en una democracia militante, como la alemana, que en una democracia procedimental, como la española; en un Estado laico, de neutralidad pasiva o distante, como el francés, que en Estado aconfesional o de neutralidad cooperativa, como el español, o en un Estado confesional, como el griego o el noruego; en un Estado que reconoce a los padres un derecho/obligación natural a la educación de sus hijos, como Italia o Alemania, que en un Estado, como el español, que no lo hace y además establece la obligación iusfundamental de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Éstas y muchas otras diferencias marcarán el concreto punto de equilibrio entre acomodación intercultural y asimilación de la determinada cultura constitucional-democrática que se desprenda de las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales. 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, a pesar de su eficacia interpretativa *ex art. 10.2 CE*, conforme al art. 53 CEDH poseen sólo el carácter de un estándar mínimo adaptable a la configuración constitucional que cada derecho haya obtenido en cada texto constitucional⁴⁴.

⁴⁴ Véase ALÁEZ CORRAL (2008): pp. 19-20.

La necesidad de equilibrio entre la recíproca adaptación intercultural y la asimilación de la cultura constitucional-democrática de acogida se pone de manifiesto especialmente 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)⁴⁵. En este sentido, aunque la realización y desarrollo de la personalidad del individuo tienen lugar no sólo 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 occidentales es la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Como se desprende de la Decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso *Lovelace v. Canada* (Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981)), la protección del multiculturalismo sólo cabe al servicio de la libertad e igualdad del individuo dentro y fuera de los grupos culturales en los que se quieren integrar, no para limitar o aniquilar los derechos individuales de sus integrantes en aras de la supervivencia de una determinada minoría cultural a la que pertenecen. 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 constitucional⁴⁶. De ahí que los derechos fundamentales protejan 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

⁴⁵ Distinción basada en la de KYMLICKA (1995): pp. 35 ss.

⁴⁶ Cfr. DOPPELT (2001-2002): pp. 670 ss.

que viene de la mano del orden constitucional⁴⁷. En otras palabras, la protección de otros bienes constitucionales o de los derechos fundamentales de terceros constitucionalmente garantizados, y no cuales quiera otras expectativas culturales de la mayoría (dentro o fuera del grupo), por muy extendidas y tradicionales que las mismas sean, son las únicas fuentes de las que pueden surgir las limitaciones al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público.

Semejante criterio nos puede servir, por ejemplo, de guía para dar una respuesta jurídico-constitucional adecuada tanto a cuestiones de multiculturalidad relativamente sencillas (ablaciones, matrimonios forzados, poligamia), como también a otras más complejas (prohibiciones del uso de símbolos religiosos en espacios públicos, limitación de los derechos de un sexo en el interior de comunidades culturales o grupos asociativos, etc...). En este sentido, por lo que respecta a España, si bien los derechos fundamentales son garantías constitucionales de la minoría frente a la mayoría, y ello requiere 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, cómo la definición de lo que sea un símbolo religioso, cuál sea su influencia comunicativa sobre la libre formación de la conciencia individual, o en fin si su significado se ha secularizado más o menos, responden 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 interpretativo⁴⁸. Del mismo modo, la exigencia constitucional de plena igualdad jurídica de hombre y mujer en el matrimonio (art. 32 CE) excluye los matrimonios poligámicos porque la cultura mayoritaria liberal-democrática trata de luchar contra un patrón de

⁴⁷ Cfr. HABERMAS (1994): pp. 113 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.

⁴⁸ Cfr. también respecto de Alemania UHLE (2004): pp. 347-350.

discriminación de género preexistente que considera negativo para la efectividad de la libertad e igualdad individuales de la mujer. Pero tampoco lo es, porque además el propio texto constitucional puede haber establecido una diferencia de trato iusfundamental privilegian-do, mediante su expresa mención, a una cultura o religión sobre otras, como hace con la Iglesia Católica el mandato de cooperación con las confesiones del art. 16.3 CE.

Ahora bien, deben distinguirse los condicionantes derivados de una interpretación de los derechos fundamentales conforme a la dogmática constitucional-democrática adecuada, de aquellos otros, ajenos al texto constitucional democrático, que pretenden circunscribir el ejercicio de los derechos fundamentales a las prácticas mayoritarias en la cultura social, como por ejemplo prohibir el uso del velo islámico integral en los espacios públicos para proteger una innominada y no positivizada exigencia de reconocibilidad facial como presupuesto necesario para la convivencia en común⁴⁹. Por lo que se refiere al ordenamiento español, cabe decir que a la hora de regular el ejercicio de todos los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) o de desarrollar los recogidos en la Sección 1 del Cap. 2º 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. Esta interpretación se ve propiciada por tres factores presentes en la regulación constitucional de los derechos fundamentales: primero, la existencia de muy pocos condicionantes culturales expuestos a 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 reserva de ley para semejante limitación; y tercero,

⁴⁹ Caso S.A.S. v. FRANCE, ECTHR de 1 de julio de 2014.

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 (art. 9.2. CE), 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 constitucional⁵⁰.

No cabe, pues, en nuestro sistema constitucional una política de inmigración basada en la asimilación cultural, que lleve a exigir a los extranjeros que quieran residir en nuestro país otra cosa que no sea el respeto a las condiciones constitucionales de ejercicio de sus derechos fundamentales, pero nunca la orientación de dicho ejercicio iusfundamental a las pautas culturales mayoritarias de la sociedad de acogida, como ambiguamente parecen sugerir algunas exigencias de los contratos o cursos de integración. Del mismo modo que, por ejemplo, no es constitucionalmente legítimo exigir que el ejercicio del derecho de manifestación por parte de los españoles 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, 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 sólo atribuido a los españoles, como el derecho de entrada en el territorio nacional, pues ello implicará la lesión del derecho fundamental condicionado, así como de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Difícilmente respetará el contenido esencial de un derecho culturalmente incondicionado su condicionamiento legal en beneficio de una determinada asimilación cultural, sobre todo habida cuenta de que la homogeneidad cultural de la nación española (más allá de la cultura política democrática) no constituye un bien o interés constitucionalmente protegido que pueda justificar su limitación.

⁵⁰ Cfr. UHLE (2004): pp. 436 ss.

3.2. 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 por tanto la asimilación de la cultura democrática y al mismo 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 nuestra democracia sea procedimental y no militante⁵¹, 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 ciudadanía⁵², minando con ello tanto el desarrollo de culturas antidemocráticas (pues no se renovarán los elementos del grupo con valores antidemocráticos o lo harán en un menor número), como su propia conservación (surgirán elementos disidentes, impregnados de valores democráticos, que continuarán conviviendo parcialmente dentro del grupo cultural y darán nueva forma democrática a los valores de éste)⁵³. Sobre todo, si se tiene en cuenta lo importante que es el espacio educativo (sea de titularidad pública o de titularidad privada) como espacio público en el que se escenifica desde la más temprana edad la convivencia democrática y en el que por tanto el Estado tiene la obligación de garantizar la enseñanza de las reglas y principios básicos que deben regir aquella. En este sentido, no es de extrañar que los sistemas legales liberal-democráticos tiendan a servirse de la educación para prevenir la formación o desarrollo de pautas culturales que sean contrarias al marco constitucional-democrático, y por tanto, favorecer en el mejor ámbito

⁵¹ *STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7º; y STC 48/2003, de 12 de marzo, F.J. 7º.*

⁵² 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.

⁵³ En un sentido parecido, UHLE (2004): pp. 424 ss.

posible, el 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 a partir de unos valores fundamentales comunes, los democráticos⁵⁴. Ello cuestionaría, por ejemplo, la compatibilidad con un sistema liberal-democrático de prácticas culturales como los proyectos educativos segregacionistas (racial o sexualmente) o el denominado *homeschooling* sin una 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 sustantivo-militante o en un sentido procedimental.

Es cierto que la garantía del derecho a la educación —y la correlativa obligación estatal de proveerla— puede obedecer a más finalidades que la cívico-democrática mencionada, como facilitar el libre desarrollo de la personalidad de los educandos —normalmente menores de edad—, 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 finalidades⁵⁵, 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 responde, sin duda, el art. 27.2 CE, que, dando una forma positiva e inspiradora —y no meramente negativa y limitativa—⁵⁶ 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»⁵⁷. 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

⁵⁴ Sobre esta función integradora de la escuela en Alemania, cfr. LANGENFELD (2001): pp. 216-218.

⁵⁵ Cfr. LANGENFELD (2001): pp. 215 ss.

⁵⁶ *STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J. 7º-8º* y *STC 77/1985, de 27 de junio, F.J. 10º*.

⁵⁷ Sobre dicho precepto, en general, véase CÁMARA VILLAR (1988): pp. 2166 ss.

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 Constitución⁵⁸. De ello resulta una doble vinculación jurídica: 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 expresa del ejercicio de los derechos educativos a la realización de una educación cívico democrática⁵⁹, excluyente de orientaciones contrapuestas o alejadas de la misma, hay 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 sólo es posible allí donde los individuos llamados a participar son conscientes de ello 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 aquéllos pueden vehicular dicha participación legitimadora del sistema en el espacio público educativo⁶⁰. El mandato constitucional de una «educación cívico democrática»⁶¹ sólo 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).

⁵⁸ Cfr. ALÁEZ CORRAL (2008): pp. 25 ss.

⁵⁹ 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 precepto constitucional en el que se expresa la construcción de una democracia militante; véase, OTTO Y PARDO (1985).

⁶⁰ Ya le atribuía esta función democrático-funcional al derecho a la educación expresamente KELSEN (1913): pp. 1 ss.

⁶¹ En Alemania se ha llegado a hablar de «democracia enseñable» parafraseando el concepto de «democracia militante»; cfr. DITTMANN (1995): p. 71.

Conscientes de lo anterior, el ya mencionado 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 Aufenthaltsgesetz —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 nuestro país, todos los menores en edad escolar obligatoria (inmigrantes o nacionales), cuyos padres o tutores no hayan optado por la asignatura de «Religión», deben cursar las asignaturas «Valores sociales y cívicos» (primaria) o «valores éticos» (secundaria), (arts. 18.3, 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación —LOE—, tras la reforma de 2013), 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)⁶².

De lo dicho se desprende que, aunque los ciudadanos extranjeros mayores de edad puedan desarrollar a través del ejercicio de sus derechos fundamentales ciertas prácticas culturales minoritarias —incluso contrarias a los valores o principios democráticos siempre que lo hagan dentro del procedimiento democrático—, tienen jurídicamente limitada su transmisión a las futuras generaciones mientras permanezcan en España, en la medida en que el espacio público educativo por imperativo legal sirve para socializar a sus hijos menores en el conocimiento y ejercicio de sus propios derechos fundamentales incluso con una orientación cultural diversa de la de su cultura de origen, pero sobre todo en la medida en que su escolarización, además de ser obligatoria, debe necesariamente producirse con el fin de formarlos en los valores y principios constitucional-democráticos de convivencia, y no en prácticas culturales antidemocráticas.

⁶² Sobre la constitucionalidad de las asignaturas obligatorias sobre educación cívico-democrática cfr. ALAEZ CORRAL (2009): pp. 24 ss.

3.3. 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, especialmente en los espacios públicos, procede de las condiciones de asimilación cultural que los ordenamientos establecen para la adquisición de la nacionalidad⁶³, algunas de las cuales afectan al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de aquéllos en el espacio público.

En la línea de otros ordenamientos de nuestro entorno (§10.1.Nº 6 y 7, §10.2 de la Ley de Nacionalidad (StAG) y §§ 43-45 de la Ley de Residencia (AufenthG) alemanas, art. 21-24 CC francés o Sec. 312 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU.), el Código Civil español, al amparo de la habilitación constitucional del art. 11.1 CE, 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 7ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, se acreditará mediante dos pruebas: una de conocimiento de la lengua española u otra lengua española cooficial de nivel A2, y otra tipo test de conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural de España, 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 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958 —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), y un juramento de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes (art. 23 a) CC), a la búsqueda de una cierta homogeneidad

⁶³ Sobre ello en detalle, ALÁEZ CORRAL (2006): pp. 166-168.

político-cultural del sujeto colectivo de la nacionalidad. Sin embargo, el carácter procedimental y no militante de nuestra democracia⁶⁴ impide exigir a los candidatos a naturalizarse como españoles una lealtad política, tal y como hacen otros ordenamientos (por ejemplo, la Sec. 316 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU., y el § 10.1.Nº 1 StAG alemana), pues nuestra 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 CE⁶⁵.

Con todo, la aplicación que la administración y los tribunales ordinarios realizan de estos requisitos legales dista, en mi opinión, de ser siempre respetuosa con las exigencias constitucionales de pluralismo político y cultural que se derivan de la garantía de una ciudadanía democrática. Así, por ejemplo, la STS de 16 de mayo de 2015 (Sala 3ª) y la STS de 18 de septiembre de 2015 (Sala 3ª) aceptan la denegación de la nacionalidad por residencia de un inmigrante a partir de un informe del CNI, conforme al cual aquél se integra y vincula con diversas organizaciones políticas y religiosas islamistas (Ashorouk, ONDA y Justicia y Caridad) cuyo objetivo es la instauración en Marruecos de un régimen islámico regido únicamente por la ley islámica, difundiendo este mensaje entre el colectivo musulmán residente en España. Para el Tribunal Supremo ello supone un riesgo de radicalización que dificulta la integración de los musulmanes en la sociedad española y considera que no se hace sobre esta pertenencia ningún juicio de valor que pueda reputarse limitativo de su libertad de asociación, expresión o ideología, sino que únicamente la tiene en cuenta los efectos de determinar si concurre el presupuesto de la suficiente integración en la sociedad española establecido por el art. 22.4 CC.

¿Hasta qué punto son admisibles estas (auto)limitaciones culturales o políticas del ejercicio de los derechos fundamentales en el espacio público por parte de los inmigrantes que quieren nacionalizarse, si quieren reunir el requisito de suficiente integración en la sociedad

⁶⁴ Cfr. por muchas la *STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7º*.

⁶⁵ Cfr. *STC 122/1983, de 23 de diciembre, F.J. 5º*; la *119/1990, de 21 de junio, FF.JJ. 4º ss.* y la *STC 74/1991, de 8 de abril, FF.JJ. 4º y 5º*.

española o la buena conducta cívica? ¿Equivalen estos conceptos jurídicos indeterminados a demostrar la asimilación de una homogénea cultura constitucional-democrática? Para responder a estas preguntas, en primer lugar, hay que tomar como punto de partida 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 ciertamente 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, dependen 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)⁶⁶; 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 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 de la nacionalidad de contribuir a la eficacia del ordenamiento estatal con la construcción de un pueblo o una nación de súbditos estables y permanentes⁶⁷. Por el contrario, la asimilación cultural que requiere la prueba de «suficiente grado de integración en la sociedad

⁶⁶ Sobre la comparación entre el entendimiento del principio democrático en los dos ordenamientos, ya OTTO Y PARDO (1985): pp. 27 ss.

⁶⁷ Como, por ejemplo, ponen de relieve la *STS de 23 de septiembre de 2004, Sala 3ª*; la *STS de 29 de octubre de 2004, Sala 3ª*; la *STS de 11 de octubre de 2005, Sala 3ª*; la *STS de 13 de septiembre de 2006, Sala 3ª*; la *STS de 9 de abril de 2007, Sala 3ª* o la *STS de 4 de diciembre de 2007*.

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 político-cultural, se dejan justificar mucho menos desde el punto de vista de una configuración pluralista y no militante del principio democrático⁶⁸. En mi opinión, dichas exigencias no deberían sustentarse⁶⁹ en que el legislador tenga una competencia o poder soberano para la concesión de la nacionalidad⁷⁰, 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 nacional⁷¹, 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 —tanto negativa como positivamente— con los principios y valores constitucional-democráticos, tal y como la CE de 1978 los ha garantizado⁷², pero no en una adecuación del legal *modus vivendi* del solicitante de la nacionalidad a concretos valores constitucionales cambiables, pues de esto último implicaría una restricción del grado de pluralismo ideológico y valorativo 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 una cultura constitucional-democrática

⁶⁸ Cfr. ALÁEZ CORRAL (2006): pp. 181 ss.; en un sentido opuesto, cfr. WALLRABENSTEIN (1999): pp. 163 ss.

⁶⁹ Así, en menor número de ocasiones nuestro Tribunal Supremo, como en la *STS de 16 de febrero de 2004, Sala 3ª*; o en la *STS de 22 de abril de 2004, Sala 3ª*

⁷⁰ Véanse, entre muchas, la *STS de 30 de noviembre de 2000, Sala 3ª*; o la *STS de 12 de noviembre de 2002, Sala 3ª*.

⁷¹ Véanse la *STS de 8 de febrero de 1999, Sala 3ª*, la *STS de 1 de julio de 2002, Sala 3ª*; la *STS de 17 de febrero de 2003, Sala 3*; la *STS de 17 de febrero de 2003, Sala 3ª*; la *STS de 17 de octubre de 2007, Sala 3ª*.

⁷² Como se desprende en esta dirección muy correctamente de la *STS de 14 de julio de 2004, Sala 3ª* y la *STS de 19 de junio de 2008, Sala 3ª*, 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.

procedimental, 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 personas.

3.4. 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, particularmente respecto del uso del espacio público, y que terminan siendo la expresión de las preferencias culturales mayoritarias. Tanto la orientación del espacio público al cumplimiento de una función democrática que le da su principal sentido (frente a su orientación a la satisfacción de derechos fundamentales vinculados con los intereses económicos o con la esfera privada de las personas), como las posibilidades de ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en éste, vinculadas también al pluralismo democrático, pueden experimentar un postrero y decisivo límite precisamente como consecuencia de la potestad que tienen las mayorías gobernantes para maximizar el disfrute de unas u otras formas de ejercicio de los derechos fundamentales, derivada de su consideración como principios objetivos que inspiran el ordenamiento jurídico⁷³. Aquí sí que cabe constitucionalmente que los poderes públicos en ejercicio de sus competencias legislativa, reglamentaria o ejecutiva orienten positivamente (no mediante limitaciones sino mediante pre-

⁷³ STC 25/1981, de 14 de julio, F.J. 5º.

ferencias de optimización) la configuración del espacio público hacia una mayor funcionalidad democrática o hacia una mayor funcionalidad privada, hacia una mayor heterogeneidad o hacia una mayor homogeneidad 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) y dejan un amplio margen de decisión política al legislador democrático. Que opte por unas u otras dependerá de la regulación igualitaria o diferenciada del régimen jurídico de ejercicio de los derechos por los grupos culturales por la que se opte en cada caso concreto, así como del impacto que ésta tenga en el uso del espacio público por y para el pluralismo cultural.

Estas limitaciones al desarrollo del multiculturalismo externo pueden surgir tanto 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, como si entiende la igualdad como diferencia y trata diferenciadamente las distintas posiciones en las que estima que se encuentran los individuos y los grupos culturales⁷⁴. 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 básica⁷⁵, identificable con las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía democrática.

La intervención del Estado moderno en las relaciones sociales se ha demostrado no sólo como inevitable para eliminar los conflictos

⁷⁴ Sobre las diferencias entre igualdad como identidad e igualdad como diferencia, véase ROSENFELD (2007): pp. 158-165.

⁷⁵ Cfr. WALDRON (2007): pp. 129 ss.

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 o colectivo, de los derechos fundamentales a través de distintas políticas, asociativas, tributarias, educativas, medioambientales, etc...⁷⁶. Entre las medidas a adoptar para la gestión de la multiculturalidad⁷⁷ no sólo se encuentran la articulación jurídico-constitucional de cláusulas de multiculturalidad⁷⁸ y formas de autogobierno (más habitual en el caso del multiculturalismo interno⁷⁹), 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 los 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 consejos 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 doctri-

⁷⁶ Para OFFE (1998): pp. 124 y ss., los derechos de los grupos constituyen una técnica jurídica para actuar sobre los conflictos de identidad que surge como adicional a los derechos civiles y políticos (conflictos ideológicos) y los derechos sociales (conflictos de intereses).

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Como la que contiene el 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).

⁷⁹ 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).

nalmente⁸⁰ desde su aparición en el mundo jurídico norteamericano⁸¹, acomodo razonable, y cuyo desarrollo en el ámbito de las relaciones interculturales tiene una extensa plasmación en el Informe de la Comisión Bouchard-Taylor para Quebec de 2008⁸². Un concepto que en un sentido técnico jurídico implicaría, para los poderes públicos una obligación jurídica, derivada del derecho 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 excesiva⁸³.

Aunque todas estas fórmulas de acomodo razonable permitirían la protección de las minorías culturales frente a la mayoría social dominante⁸⁴, mientras la discriminación por indiferenciación no se establezca como contenido obligatorio de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, su aplicación, genérica o específicamente en el ámbito de las diferencias culturales/religiosas, no deja de estar en manos de la cultura política dominante, de la mayoría social dominante expresada por sus representantes legislativos y gubernamentales. Y lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional hasta ahora no ha afirmado ni la prohibición de discriminación por indiferenciación⁸⁵, 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 religiosa⁸⁶, en buena

⁸⁰ RUIZ VYETEZ (2009): pp. 4 ss.

⁸¹ 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.

⁸² *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).

⁸³ RUIZ VYETEZ (2009): p. 8.

⁸⁴ KYMLICKA (2000): pp. 25-26.

⁸⁵ Entre muchas, véase la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º, la STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7º y la STC198/2012, de 6 de noviembre, FJ 3º.

⁸⁶ 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

medida porque la valoración y elección de los criterios o rasgos que justifica (y obliga) 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 legislador⁸⁷.

Esta situación constitucional conlleva atribuir a la mayoría política (y cultural) representada en las instituciones de gobierno la decisión política acerca de cuáles son los grupos culturales que deben ver reconocida jurídicamente esa pretensión de protección, qué medios se va a poner a su disposición y qué conlleva una carga excesiva que excluya el acomodo por irrazonable, sobre todo cuando para la protección se necesita utilizar bienes escasos, esto es, la decisión acerca de cuáles son las circunstancias diferenciales que justifican objetivamente un trato normativo diferente y cuáles no. Este *indirizzo* político *pro* o *contra* la multiculturalidad sólo se ven 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 vía normas internacionales o vía Directivas de la Unión Europea⁸⁸, pero hasta la fecha esa exigencia legal no alcanza la

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 de la festividad religiosa por un testigo.

⁸⁷ REY MARTINEZ (2011): p. 171.

⁸⁸ 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 necesida-

diversidad cultural o religiosa⁸⁹, por lo que es este 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 en estas, 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, la cooperación económica o educativo-cultural con la Iglesia Católica, mucho más reducida con las demás confesiones⁹⁰, así como en los distintos requisitos establecidos por el legislador educativo para el acceso a los conciertos educativos.

Debe ser en sede política (parlamentaria y/o gubernativa) donde se cambien las preferencias de la política de derechos fundamentales y se adopte una política vinculante 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 lo anterior requiere una cultura cívico-democrática en

des 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».

⁸⁹ 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».

⁹⁰ Cfr. 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, de acomodo razonable a su diferencia cultural, sobre la base de 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.

la ciudadanía que haga de la pluralidad cultural, especialmente en el espacio público, un valor merecedor de cuidado 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 un 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 tanto pueden potenciar como pueden limitar el multiculturalismo externo, en la medida en 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.

4. Bibliografía citada

ALÁEZ CORRAL, B., (2000), *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEPyC, Madrid.



(2005a), «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional», *Historia Constitucional. Revista electrónica*, Vol. 6.

— (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*, Nº 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*, Nº 5.

BASTIDA FREIJEDO, F., (1998), «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos*, Nº 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.
- BORJA, J., (1998), «Ciudadanía y espacio público», en AAVV, *Urbanitats* núm. 7, Ciutat real, ciutat ideal. Significat i funció a l'espai urbà modern, Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, Barcelona: <http://urban.cccb.org/urbanLibrary/htmlDbDocs/A011-B.html> (Consultado el 22 de febrero de 2016).
- BOSNIAK, L., (2006), *The citizen and the alien, Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton University Press, Princeton/Oxford.
- BRUBAKER, R., (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° 4.
- BRYDE, B.-O., (1989), «Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie», *Juristen Zeitung*, Vol. 44.
- (1995) «Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratieitheorie», *Staatswissenschaft und Staastpraxis*, N° 3.
- CAMARA VILLAR, G., (1988), «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», en VARIOS AUTORES, *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, B., (2007), «¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 41.
- COSTA, P., (1999-2001), *Civitas. Storia de la cittadinanza in Europa*, Vol. I-IV, Laterza, Roma/Bari.
- DITTMANN, A., (1995), «Erziehungsauftrag und Erziehungsmasstab der Schule mi freiheitlichen Verfassungsstaat», *VVDStRL*, Vol. 54.
- DOPPELT, G., (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, M. (2013), *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable*, Aranzadi, Cizur Menor.
- FAHRMEIR, A., (2000), *Citizens and Aliens. Foreigners and the law in Britain and the German States 1789-1870*, Berghahn Books, New York/Oxford.
- FISS, O., «The immigrant as pariah», en Owen Fiss (edit.), *A Community of Equals. The constitutional protection of the New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999.
- GIRAUDON, V., (2008), Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea, *Analysis of the Real Instituto Elcano (ARI)*, N° 43.

- GOSEWINKEL, D., (2001), *Einbürgern und Ausschliessen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- GRAY/GRAY, K./S., (1999), Civil Rights, civil wrongs and quasi-public space, *European Human Rights Law Review*, N° 4.
- GRAWERT, R., (1984), «Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft», *Der Staat*, N° 23.
- HABERMAS, J., (1990), *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- (1994), «Staatsbürgerschaft und nationale Identität» (1988), en *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M.
- HÄBERLE, P., (1998), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin.
- ISENSE, J., (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, H., (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, W., (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, C., (2001), *Integration und kulturelle Identität zugewanderten Minderheiten*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- LUCAS, J. DE, (2003), «Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.
- MARSHALL, T. H., (1992), *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago.
- MASSING J., (2001), *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- MCGOLDRICK, D., (2006), *Human rights and religion: the islamic headscarf debate in Europe*, Hart, Oxford.
- MEZEY, N., (2001), «Law as culture», *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 13, N° 1.
- MITCHELL, D. (1995), The End of Public Space? People's Park, Definitions of the Public, and Democracy, *Annals of the Association of American Geographers*, Vol. 85, N° 1.
- MODOOD, T., (2000), «Anti-essentialism, multiculturalism and the recognition of religious groups», en KYMLICKA/NORMAN (eds.), *Citizenship in diverse societies*, Oxford University Press, Oxford.

- OFFE, C., (1998), «Homogeneity and constitutional democracy: coping with identity conflicts through group rights», *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, Nº 2.
- OTTO Y PARDO, I. DE, (1985), *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PREUSS, U., (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, M., (2003), *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid.
- RAZ, Joseph, (1998) «Multiculturalism», *Ratio Juris*, Vol. 11, Nº 3.
- REY MARTINEZ, F., (2011), «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 45.
- ROSENFELD, M., (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, R., (2000), *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University press, Cambridge.
- RUIZ VYETEZ, E. (2009), «Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 18.
- SARTORI, G., (2001), *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus Ediciones, Madrid.
- SPINNER, J., (1994), *The boundaries of citizenship. Race, ethnicity and Nationality in the Liberal State*, Johns Hopkins University Press, Baltimore/ London.
- UHLE, A., (2004), *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- WALDRON, J., (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, A., (1999), *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, Nomos Verlag, Baden-Baden.