

DIVERSITAT CULTURAL, CONVIVÈNCIA I DRETS. UNA ANÀLISI EN EL MARC DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA

Marco Aparicio Wilhelmi*

El tracte que donem als «altres» revela realment qui som: *nous sommes étrangers à nous-mêmes*

(Julia Kristeva, *Étrangers a nous mêmes*, Fayard, París, 1988)

Sumari

1. Introducció
2. Les fronteres de la ciutadania: estrangeria i drets desiguals
 - 2.1. La legislació d'estrangeria i la naturalització de les diferències
 - 2.2. De la dignitat diferenciada a la igual dignitat
3. Diversitat cultural, convivència i drets
 - 3.1. Introducció
 - 3.2. La materialització d'una igualtat complexa
 - 3.3. L'Estat constitucional i els límits a les especificitats culturals
 - 3.4. A tall de tancament (provisional)

* Marco Aparicio Wilhelmi, professor lector de dret constitucional de la Universitat de Girona, Facultat de Dret, Campus Montilivi, s/n, 17071, Girona, marco.aparicio@udg.edu.

Article rebut el 18.01.2010. Avaluació cega: 25.01.2010. Data d'acceptació de la versió final: 1.02.2010.

1. Introducció

En els darrers deu anys, Espanya s'ha erigit en una de les principals destinacions de la migració internacional, amb un saldo anual mitjà de 575.000 persones entre els anys 2001 i 2008. Aquesta arribada de nous ciutadans explica el 81% del notable creixement de la població total del país entre els anys esmentats, que ha passat de 41 a 46 milions d'habitants. D'altra banda, la baixa taxa de natalitat dels autòctons, unida a la major joventut dels nous ciutadans, explica que aquests darrers tinguin cada vegada més pes en el creixement vegetatiu: el 14,2% dels naixements produïts entre els anys 2001 i 2007 van ser de mare estrangera.¹

Segons les xifres del Ministeri d'Interior, els estrangers amb autorització de residència es van multiplicar per tres entre el 1970 i el 1995, i per set entre el 1995 i el 2007. La Divisió de Població de Nacions Unides assenyalava que el 2005 Espanya era el tercer país del món que més havia incrementat la seva població immigrant des del 1990, després dels Estats Units i Alemanya, i el que més ho havia fet en termes relatius. Per la seva part, l'OCDE va constatar, també el 2005, que Espanya s'havia convertit en un dels països amb un nombre més alt de treballadors estrangers, superant en xifres absolutes a països tradicionals d'immigració, com França i el Regne Unit, i fins i tot avançant en termes relatius els Estats Units i Alemanya.² Aquesta tendència va fer que el 2008 s'assolís la xifra de gairebé sis milions de persones immigrants, que situa Espanya en el desè lloc del món per nombre total d'immigrants.

I es tracta, com és sabut, d'un procés vertiginós. A partir del 1973 es produeix una inflexió en les migracions internacionals d'Espanya, que comença a deixar enrere el seu caràcter de país d'emigració per esdevenir progressivament un país d'immigració. Aquesta tendència s'accelera extraordinàriament en les darreres

1. Dades manejades pel Col·lectiu Ioé, a partir d'informació proporcionada per l'INE i el Ministeri de l'Interior, en el seu text «Dimensiones de la inmigración en España. Impactos y desafíos», inclòs en les seves publicacions electròniques. Pàgina web: http://www.nodo50.org/ioe/ficheros_externos/Dimensiones%20de%20la%20inmigracion%20en%20Espana.%20Impactos%20y%20desafios_ART_PAPELES_2008.pdf (visitada el desembre de 2009).

2. Pereda, Carlos; Actis, Walter i De Prada, Miguel Ángel, «Inmigrantes, nuevos ciudadanos: ¿Hacia una España plural e intercultural?», Colectivo Ioé. Pàgina web: http://www.nodo50.org/ioe/ficheros_externos/Inmigrantes,%20nuevos%20ciudadanos_INFORME-CECA-FINAL.pdf (visitada el novembre de 2009).

dècades i acaba desembocant en un contundent, i molt recent, tomb en el seu tradicional caràcter emigrant: per primera vegada, el nombre d'immigrants supera el d'emigrants espanyols residents en l'exterior cap a l'any 2001, tot i que encara hi ha al voltant de milió i mig d'espanyols que resideixen a l'estranger.

És un camí on altres països de l'entorn transiten des de fa força més temps, però que aquí s'ha fet de manera accelerada, gairebé sense temps per advertir, amb certa calma, la dimensió de les transformacions d'una societat cada vegada més complexa, canviant i diversa.

En aquest context de canvis, tant el debat social i polític com l'anàlisi acadèmica s'han desenvolupat fonamentalment en el terreny de l'estrangeria, és a dir, al voltant del conjunt de restriccions de drets que afecten les persones de tercers països com a conseqüència de la legislació adreçada a regular la situació dels estrangers a Espanya. La discussió ha versat, d'una banda, sobre l'encaix jurídic, i de l'altra, sobre la conveniència política d'aquestes restriccions, en tensió amb les reivindicacions referides a la igualtat de drets que han anat prenent forma en diversos àmbits socials.

Tanmateix, s'ha reflexionat poc sobre el model de societat, el marc de convivència que es vol construir. En la major part dels casos, el debat ha respost a pulsions fruit de l'emergència de conflictes o fenòmens concrets, que van des d'expressions violentes de xenofòbia (aparegudes en esdeveniments com els de Can Anglada, a Terrassa, o El Ejido, fa ja una dècada) fins a l'escenificació del rebuig veïnal a la construcció de mesquites o oratoris, o conflictes, fins al moment puntuals, amb relació a l'ús de l'hijab per part d'escolars musulmanes o fins i tot de professionals,³ sense deixar d'esmentar les reaccions davant les pràctiques de circumcisió femenina.

Més enllà de donar la nostra opinió o aportar algun criteri de resolució⁴ sobre cada un dels casos en els quals es manifestin de manera conflictiva diferents

3. És el cas d'una advocada musulmana obligada recentment per un jutge de l'Audiència Nacional a abandonar l'estrada per portar aquesta peça. Vegeu: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Expulsada/estrado/abogada/musulmana/llevar/panuelo/elpepisoc/20091111elpepisoc_2/Tes.

4. En casos com el de l'advocada esmentada, podríem tractar d'analitzar les diverses respostes que s'han fet en el context europeu. Així, al Regne Unit no es planteja cap restricció, mentre que a França el laïcisme imposa que els espais públics estiguin lliures de simbologies religioses. Per la seva banda, Dinamarca va prohibir recentment als jutges, com a representants de l'Estat, portar símbols religiosos, però no als advocats.

maneres d'entendre i d'usar els espais públics i privats, del que es tractaria és de donar-nos el temps i l'espai per abordar com creiem que es pot construir un espai de convivència que conjugui unitat i diversitat, inclosió igualitària amb atenció a les diferències, i com volem que es faci.

Només des d'aquesta reflexió es poden arribar a plantejar quelcom més que respostes puntuals sobre l'«acomodació» dels nouvinguts (i no tan nouvinguts), al mateix temps que ens ha de permetre aprofitar la profunda dimensió política que comporta el fenomen migratori per tal de pensar d'una manera creativa com i amb quins valors, principis i regles, volem viure en societat.

Aquest text vol oferir una reflexió general sobre el marc social i constitucional de la convivència en una societat plural culturalment i amb una important presència de població immigrant sense cap altra pretensió que exposar alguns elements que es podrien utilitzar per afrontar aquest debat i proposar alguna alternativa que es pugui prendre en consideració. Per a fer-ho s'abordaran dos grans àmbits igual de centrals per al debat proposat:

- a) Un primer apartat estarà dedicat a la incidència del règim d'estrangeria, com a pas previ o, si es vol, com a conjunt de precondicions de la convivència. Se subratllarà, per tant, l'enorme transcendència d'aquest règim sobre les pautes de vida en comú que s'impulsen efectivament.
- b) Un segon apartat en què es proposaran algunes pautes jurídico-constitucionals per donar resposta als conflictes que es poden originar en societats culturalment diverses.

Val la pena avançar que, des del punt de vista jurídico-constitucional, el marc d'anàlisi que acompanya la reflexió plantejada, en els dos punts assenyalats, se situaria en l'abast de l'article 9.2 de la Constitució espanyola (CE, d'ara endavant), que imposa als poders públics l'obligació de «promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social». En efecte, des d'aquest mandat, i en el marc de la definició de l'Estat com a «social i democràtic de Dret» (art. 1.2 de la CE), ens hem de preguntar tant per les possibilitats i els límits de la restricció legislativa del contingut dels drets constitucionals quan la seva titularitat correspon a persones estrangeres, com per la possibilitat, o exigència, que la norma permeti

un tractament diferent en funció de les adscripcions culturals dels seus destinataris (drets especials per a una ciutadania diferenciada).

2. Les fronteres de la ciutadania: estrangeria i drets desiguals

2.1. La legislació d'estrangeria i la naturalització de les diferències

Val la pena avançar amb claredat que en aquest escrit situarem l'horitzó de la convivència, la «integració», com a procés multidireccional que ha d'implicar l'establiment de relacions de reconeixement recíproc, per al qual, com apunta Silveira, «*tienen que existir, más allá de todo discurso moral y cultural, las condiciones jurídico-políticas indispensables para que una parte de esos habitantes, en este caso los inmigrantes no comunitarios, no puedan ser tratados bajo ninguna circunstancia como no-personas*».⁵

Doncs bé, considerem que hi ha raons suficients per afirmar que la regulació actual en matèria d'estrangeria està lluny de satisfer aquestes condicions indispensables. És més, és la llei mateixa la que determina, o almenys ratifica, algunes de les premisses més importants de les condicions d'exclusió i desigualtat social i política que determinen la inserció de les persones immigrants en la societat.

No sense una certa dosi d'ironia, podríem assenyalar que el legislador ha entès perfectament la vinculació directa entre règim d'estrangeria i convivència (o «integració», per usar els termes de la mateixa llei). Així és: ja des del 2000 ha tingut clara la necessitat de tractar conjuntament els «drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social» (així es titula la L. O. 4/2000, vigent actualment amb les seves successives reformes), tot i que, a la integració esmentada, no s'hi hagi dedicat específicament ni un sol precepte de l'articulat fins a la reforma recent del 2009, com assenyalarem més endavant.⁶

5. Silveira, Héctor C., «La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate», a Silveira, Héctor, C., (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid: Trotta, 2000, p. 34.

6. Article 2 ter., «Integració dels immigrants», el primer apartat del qual assenyala que «els poders públics promouran la plena integració dels estrangers en la societat espanyola, en un marc de convivència d'identitats i cultures diverses sense més límit que el respecte a la Constitució i la llei».

És important ressaltar que la manera d'accedir a la condició d'immigrant regular i la manera de perdre aquesta condició i el conjunt de drets (i de limitacions a aquests drets) que reconeix la normativa d'estrangeria, són peces fonamentals d'un projecte de convivència social determinat. Parlem, per tant, d'una sèrie d'opcions polítiques que afecten el conjunt de la societat i no només les persones immigrants. En aquest sentit, és evident que les dificultats d'accés i permanència en el territori i, en general, les restriccions als drets de les persones immigrants tenen efectes no solament dins d'aquest col·lectiu, sinó per a totes les persones, especialment les que es troben en una situació més vulnerable. La precarietat, l'explotació i l'accidentalitat laborals, tant en l'àmbit de l'economia regular com de l'economia submergida, no són patrimoni exclusiu dels immigrants; són situacions amb una dinàmica expansiva que acaba configurant el model de relacions laborals en el seu conjunt i, amb ell, un model de desenvolupament econòmic i social, unes prioritats i uns objectius específics.⁷

Com és habitual en els sistemes jurídics del nostre entorn, la legislació d'estrangeria opta per una marcada *laboralització* de la política migratòria: només en casos excepcionals s'admeten situacions de residència no laboral de persones estrangeres, i l'òptica que s'adopta és la subordinació del fenomen migratori a les necessitats del mercat de treball (mà d'obra sacrificada, de baix cost i/o qualificada per a sectors concrets). D'aquesta manera, abordar les limitacions imposades a l'exercici del dret al treball de les persones estrangeres no és només referir-nos al gaudi d'un dret social determinat, sinó que ens porta a parlar de la condició d'immigrant per si mateixa, a la forma en què una persona esdevé immigrant jurídicament.

El fet que jurídicament la persona immigrant s'identifiqui no només amb el treballador sinó amb el treballador estranger que arriba per cobrir les necessitats del mercat laboral propi, determina la percepció eminentment funcional que la societat «d'acollida» té de la immigració. A més, són unes necessitats que utilitàriament marquen la divisòria entre la immigració masculina i la femenina, i col·loquen la dona en una situació encara més desfavorida. En els darrers anys, s'ha consolidat una marcada tendència envers una divisió sexual del treball en la qual la dona, quan aconsegueix incorporar-se al mercat laboral, acostuma

7. Aquestes reflexions es poden trobar d'una manera més desenvolupada a Aparicio Wilhelmi, Marco, «El derecho al trabajo», a D. A., *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Barcelona: Icaria, 2006, p. 63-92.

a cobrir les tasques més precàries, més inestables, menys o gens regulades, freqüentment en l'àmbit del servei domèstic i, en nombrosos casos, en la prostitució (no considerada ni com a «treball»).⁸ Com assenyala Mestre, la legislació d'estrangeria vigent «*construye jurídicamente a la mujer desde la división público/privado, y su relación con estas esferas es lo que define su falta de derechos, su subordinación, su ocultamiento. Esta invisibilidad impuesta tiene que ver con cómo hemos gestionado en el estado de recepción los espacios público/privado y doméstico y su fuerte y diferenciada relación con la ciudadanía*».⁹

L'accés al treball constitueix el nucli de la normativa d'estrangeria no només perquè estableix els requisits per convertir-se en immigrant regular, sinó perquè, alhora i de manera inevitable, ja que és l'altra cara d'una mateixa moneda, crea la figura de l'immigrant irregular. La irregularitat comprèn una sèrie de condicions jurídiques (que seran també personals i socials) que acompanyaran la persona mentre ocupi aquesta posició i que, bàsicament, suposen un augment considerable de la seva vulnerabilitat a partir de més exclusions i més limitacions a l'exercici dels drets.

Aquesta concepció funcional, que en bona mesura és fruit d'una opció política prèvia, serveix com a justificació del conjunt de desigualtats que implica el règim jurídic d'estrangeria: és a dir, el conjunt de previsions normatives que restringeixen l'exercici dels drets a les persones estrangeres.

En el marc del procés d'integració europea, la intensificació de les tendències de globalització econòmica ha generat, entre altres qüestions, un augment de la flexibilitat, la inestabilitat i la inseguretats del mercat laboral. Aquest aug-

8. Amb relació al servei domèstic, cobert a Catalunya en gran part per mà d'obra estrangera (majoritàriament femenina), com és sabut, es tracta d'un tipus de feina amb una regulació molt laxa que no és estrany que porti a situacions d'explotació, al marge d'una constant inseguretats en la permanència de la relació laboral. La normativa vigent, si més no, fa poc per evitar situacions com les descrites, ja que es planteja com a principal objectiu «equilibrar els drets bàsics del treballador amb la necessària flexibilitat que ha de concedir-se, a fi que l'ocupador i el treballador determinin les condicions de prestació de servei de mutu acord» (Reial Decret 1424/1985, d'1 d'agost, pel qual es regula la relació laboral de caràcter especial del servei a la llar familiar).

9. Mestre, Ruth, «Dea ex machina. Trabajadoras migrantes y negociación de la igualdad en lo doméstico. (Experiencias de ACUDE-VIMAR: ecuatorianas en Valencia)», *Cuadernos de Geografía*, núm. 72, p. 193 (p. 191-206). El problema de fons estaria en el fet que «*la incorporación de las mujeres (autóctonas) a la ciudadanía se ha hecho no sólo sin modificar el sistema de adscripción sino también sin cuestionar el modelo de ciudadanía*». *Ibid.*, p. 196.

ment determina, sense filtres, la precarietat de la situació no solament laboral (personal i social) sinó jurídica de les persones immigrants. Fins a assolir la residència permanent, la possibilitat de romandre legalment dependrà contínuament de la pervivència del treball, ja sigui per compte d'altri (mitjançant un contracte de treball) o per compte propi (de manera autònoma), motiu pel qual l'amenaça d'expulsió sempre estarà present. Aquesta dependència reforçada respecte al vincle laboral no solament és funcional per assegurar la resposta a les «ocupacions de difícil cobertura» (utilitzant la terminologia legal), sinó que provoca i afavoreix nombroses situacions d'explotació i d'accidentalitat laborals.¹⁰

En definitiva, és difícil que es pugui qüestionar que el treballador migrant ha estat una peça clau a l'hora d'apuntalar un model de creixement econòmic que ha basat la seva competitivitat en la reducció dels costos laborals i en l'expansió de sectors que, com el de la construcció, s'han demostrat insostenibles socialment i ecològicament. El boom econòmic de l'Espanya dels noranta i el primer lustre de la dècada del 2000, basat en part en la consolidació d'una potent economia submergida (es calcula que superior al 22% del PIB),¹¹ és la causa i, alhora, la conseqüència de l'increment d'una població immigrant entesa fonamentalment com a peça d'una maquinària productiva. Aquesta concepció ha tingut costos socials i ambientals de dimensions estructurals, com testifica l'actual crisi financera i econòmica.

És precisament en aquest context de crisi on acaba de tenir lloc la darrera reforma de la legislació d'estrangeria (Llei Orgànica 2/2009, d'11 de desembre). No és aquest el lloc per abordar el seu abast concret amb el deteniment necessari, però sí que pot tenir sentit una valoració genèrica sobre la seva incidència en el debat que plantegem aquí. Malgrat que la reforma incorpori algunes novetats

10. S'ha de subratllar que, davant la debilitat de les garanties de drets de les persones immigrants, contrasta la precisió i la fortalesa dels mecanismes de control que l'UE ha creat per tal de reforçar el denominat «espai de llibertat, seguretat i justícia»: policia fronterera, radars, sensors nocturns a les fronteres exteriors, sistemes informàtics centralitzats (com el SIS), centres d'internament per a indocumentats, «zones especials» als aeroports destinades a retenir els estrangers a qui es nega l'entrada, contractes amb empreses privades de seguretat per delegar tasques de control i vigilància en matèria d'estrangeria, per esmentar algunes de les mesures adoptades. Un comentari més extens sobre aquest tema es troba a Aparicio, Marco i Pisarello, Gerardo, «La política migratoria europea y los derechos de las personas de terceros países: entre la inclusión subordinada y la exclusión selectiva», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número Commemoratiu, seixantè aniversari, 2008, p. 15-28.

11. La revista electrònica *Expansión* (www.expansiondirecto.com, visitada el 2 de març de 2004) així ho assenyalava, tot citant les dades d'un estudi de la Comissió Europea.

de signe garantista respecte als drets de les persones immigrants (en matèria d'accés al treball dels familiars reagrupats, o en el control judicial de l'internament, per exemple), hi ha canvis de notable caire restrictiu (en matèria de llibertat personal, reagrupació familiar, accés a la justícia o sobre els drets d'educació i habitatge, per assenyalar-ne alguns aspectes).¹² Així, algunes veus han mostrat el seu rebuig a una reforma que partiria d'una vinculació implícita, però perillósament nítida, entre la sortida de la crisi i la restricció de drets de les persones immigrants.

2.2. De la dignitat diferenciada a la igual dignitat

Val la pena recordar, amb Ferrajoli, *«los orígenes poco luminosos de la ilustración jurídica y de los derechos universales. Aquellos derechos fueron proclamados como iguales y universales en abstracto aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica por ser inimaginable la inmigración de los indios hacia Occidente [...] Hoy la situación se ha invertido. La reciprocidad y la universalidad de aquellos derechos ha sido negada. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía, exclusivos y privilegiados»*.¹³

Davant de la consolidació d'una lògica restrictiva pel que fa a l'abast dels drets de les persones immigrants, també val la pena aturar-nos en una reflexió sobre els límits constitucionals que puguin frenar aquesta lògica.

En la base de l'aixecament de murs a la ciutadania, de fronteres que impedeixen o dificulten l'accés a l'exercici dels drets i que determinen jerarquies de pertinença a la comunitat política, apareixen una sèrie d'arguments polítics que han estat admesos per bona part de la doctrina i també de la jurisprudència constitucionals.

12. Per exemple, la reforma augmenta de 40 a 60 dies el termini màxim d'internament en el marc del procediment d'expulsió (nou art. 62.2); la reagrupació familiar dels pares es restringeix als supòsits que siguin majors de 65 anys i «hi hagi raons que justifiquin la necessitat d'autoritzar la seva residència a Espanya» (art. 17.1 d), a més d'exigir que el reagrupant ja hagi obtingut la residència de llarga durada (art. 18.1); l'accés a l'educació es garanteix només a estrangers menors d'edat (art. 9); els ajuts en matèria d'habitatge en igualtat de condicions només es garantiran necessàriament als estrangers amb residència de llarga durada (art. 13).

13. Ferrajoli, Luigi, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», Silveira, H. C., *op. cit.*, p. 249.

Efectivament, en el nostre context, fins ara el camí ha estat aplanat per la jurisprudència del Tribunal Constitucional, que ha insistit, de maneres diverses, en la potestat del legislador d'establir diferències entre nacionals i estrangers respecte a l'exercici de tots els drets no estrictament vinculats, o que ho estan de manera més llunyana, al principi de dignitat de l'article 10.1 de la CE (STC 107/1984, fonament jurídic tercer, com a punt de partida). Entre els drets desiguals hi hauria no només els de lliure circulació i de treball, diferenciació que constitueix l'eix de l'estrangeria mateixa, sinó, per citar només els que són objecte de les màximes garanties constitucionals (article 53.2 de la CE), drets com ara el dret d'associació, inclosa la sindical, de reunió i manifestació, de vaga o d'educació.

Hem d'entrar a qüestionar una interpretació que, sense suport constitucional visible, jerarquitzava els drets en funció d'una, si més no discutible, major o menor proximitat amb la dignitat de la persona. La raó és que el debat, no solament polític sinó també jurídic, s'hauria de traslladar definitivament de l'àmbit marcat pel principi constitucional de dignitat al principi d'igualtat. És des d'aquests paràmetres des d'on s'ha de reflexionar sobre l'abast i la lògica de la normativa d'estrangeria que s'ha anat creant en els darrers vint-i-cinc anys.

Com és sabut, el principi de dignitat figura com a pòrtic de tot el títol I de la Constitució (art. 10.1 de la CE), de manera que sembla més adequat sostenir que es refereix per igual a tots els drets. Si es tracta d'un simple criteri valoratiu, al marge que resultaria impropï de la tasca del Tribunal Constitucional, ens podríem preguntar per què està més allunyat de la dignitat el dret a treballar, a l'educació, a associar-se lliurement, a un habitatge digne o a la salut, per posar alguns exemples, que els drets a l'honor o a la pròpia imatge.

D'altra banda, encara que la Constitució opti per establir formes de garantia diferents en funció de la ubicació sistemàtica de cada un dels drets (art. 53 de la CE), derivar d'aquesta opció, sense més, una distinció axiològica o estructural entre els diferents drets aniria en contra de la concepció indivisible i interdependent d'aquests drets que ha estat sostenint el mateix sistema internacional de drets humans,¹⁴ que, no ho oblidem, forma part del marc de comprensió dels

14. Sens dubte, un dels texts on es recullen de manera més contundent aquests principis és el derivat de la Conferència de Viena de 1993, en la qual 171 països van aprovar la «Declaració i Programa d'Acció de Viena», que esbossa un pla per enfortir l'aplicació dels drets humans i destaca la relació entre la democràcia, el desenvolupament i la promoció dels drets humans, tot establint com a punts de partida la universalitat, la indivisibilitat i la interdependència dels drets civils, culturals, econòmics, polítics i socials.

drets constitucionalment reconeguts (art. 10.2 de la CE). Però és que, fins i tot els qui refusessin aquest darrer argument haurien de reconèixer que el Tribunal Constitucional ha prescindit de la divisió sistemàtica constitucional per traçar la distinció entre drets més o menys propers a la dignitat o, en altres paraules, drets on caben més o menys restriccions en la comparació entre les condicions d'exercici referides a persones espanyoles o estrangeres.

Així, en diverses sentències, per tal de determinar fins on pot arribar la possibilitat de «temperar» el contingut del dret (STC 99/1985, FJ 2n),¹⁵ el Tribunal Constitucional ha optat per resoldre-ho cas per cas, sense esmentar-ne la ubicació sistemàtica, segons la naturalesa de cada dret concret per decidir quin ha de ser el seu contingut mínim indisponible.¹⁶

Per tant, en realitat el que ha fet l'alt tribunal fins al moment és donar el seu vistiplau a l'existència de drets desiguals i prescindir d'enjudiciar les diferències des dels paràmetres del principi d'igualtat. I, per fer-ho, encara que d'una manera fonamentalment retòrica, al llarg de la seva jurisprudència ha continuat utilitzant, implícitament o explícitament, el referent del principi de dignitat com a vara de mesurar, a tall de vague suport teòric. Això és el que ha tornat a fer en la STC 236/2007 i en altres resolucions amb les quals respon als recursos d'inconstitucionalitat presentats contra alguns preceptes de la Llei Orgànica 8/2000. Vegem succintament alguns dels principals arguments emprats. En el fonament jurídic tercer d'aquesta resolució, encara que opti per reconèixer que «l'aplicació del criteri fixat en el seu dia per aquest Tribunal per determinar si un dret concret pertany o no a aquest grup –als més vinculats a la idea de dignitat–

15. El Tribunal Constitucional ha afirmat que «no es pot apreciar aquell precepte (l'art. 13.1 CE) permetent que el legislador configuri lliurement el contingut mateix del dret, quan aquest dret ja hagi estat reconegut directament als estrangers per la Constitució» (STC 115/1987, FJ 3). També cal destacar la contundència amb què s'expressa el Tribunal Constitucional en la STC 94/1993, de 22 de març, en virtut de la qual tots els drets del títol I, llevat dels que marca l'article 13.2 CE, estan directament reconeguts a les persones estrangeres, en virtut de l'article 13.1 CE.

16. En aquest sentit, la STC 144/1990 resol que una decisió d'internament de vuit estrangers amb una motivació genèrica i sense cap concreció sobre cada detingut vulnera els drets a la tutela judicial efectiva i a la llibertat. La STC 94/1993 examina si una ordre d'expulsió dictada contra una dona que ja havia sol·licitat la renovació del seu permís de residència vulnera el seu dret a la lliure circulació, motiu pel qual analitza el contingut indisponible o essencial d'aquest dret i arriba a la conclusió que s'ha vulnerat en aquest cas concret. En la STC 95/2000 s'analitza un cas en el qual els tribunals van excloure una estrangera de les prestacions de salut i es rebutja la decisió perquè es considera que hi va haver una interpretació desraonada de les normes i, per tant, una vulneració del contingut bàsic del dret a la tutela judicial efectiva.

ofereix algunes dificultats atès que tots els drets fonamentals, per la seva naturalesa mateixa, estan vinculats a la dignitat humana», es resisteix a abandonar el seu tradicional suport teòric i opta per insistir que continua sent «decisiu el grau de connexió amb la dignitat humana que manté un dret concret, ja que el legislador gaudeix d'una llibertat limitada de configuració en regular els drets imprescindibles per a la garantia de la dignitat humana». Segurament el passatge més rellevant es troba en el fonament jurídic quart, on el Tribunal puntualitza, encara que d'una manera excessivament genèrica, els límits constitucionals a la capacitat del legislador d'introduir restriccions a l'exercici dels drets per part de persones estrangeres: «Haurà de tenir en compte, en primer lloc, el grau de connexió dels drets concrets amb la garantia de la dignitat humana; en segon lloc, el contingut preceptiu del dret, quan estigui reconegut als estrangers directament per la Constitució; en tercer lloc, i en tot cas, el contingut delimitat per al dret per la Constitució i els tractats internacionals. Finalment, les condicions d'exercici establertes per la llei s'hauran d'adreçar a preservar altres drets, béns o interessos constitucionalment protegits, i hauran de mantenir una proporcionalitat adequada amb la finalitat perseguida.»

Sens dubte, aquest intent de sistematitzar els criteris que donen cabuda a un sistema de drets desiguals ens ofereix una pista definitiva del camí alternatiu de l'ús del criteri de la major o menor proximitat a la dignitat: la darrera de les pautes no és res més que part del test desenvolupat jurisprudencialment per activar el principi d'igualtat. El que passa, però, és que, encara que s'hi incorpori aquest criteri, es continua sense voler reconèixer que hauria de ser el criteri veritablement determinant.¹⁷

Arribem així al plantejament que volem reivindicar: el principi del qual s'hauria de partir no es troba en la comprensió de l'article 10.1 com a justificació de les diferències, sinó que hauria de girar entorn de l'article 14 constitucional. És la igualtat entre totes les persones, recollida com a valor superior de l'ordenament (art. 1.1 de la CE), mandat d'igualació material (art. 9.2 de la CE),

17. Vaig tenir ocasió de desenvolupar aquesta lectura alternativa a «El reconocimiento constitucional de los derechos de las personas extranjeras: breve aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», a D. A., *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Québec y Cataluña*, Girona: Universitat de Girona - Servei de Publicacions, 2002, p. 105-124. Es pot trobar una anàlisi més actual i incisiva a Viana, André, «De cómo hacer el quite a la igualdad. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros», pendent de publicació.

principi d'igualtat i dret a no ser discriminat (art. 14 de la CE), la que marca la pauta d'enjudiciament de la tasca del legislador i de la resta dels poders públics quan s'introdueixen diferències de tractament entre nacionals i estrangers. Això no exclou, com sabem, que es puguin introduir les diferències esmentades, sempre que s'actui d'acord amb el molt perfilat test de proporcionalitat (constitucionalitat de la finalitat cercada, adequació o congruència entre mesura i finalitat, necessitat de la mesura –que no n'hi hagi d'altres de menys restrictives– i la seva proporcionalitat en sentit estricte). Val la pena recordar que aquests criteris, raonabilitat i proporcionalitat, fins i tot es poden deslligar del principi d'igualtat, ja que també són, en tot cas, les pautes a les quals s'ha de sotmetre qualsevol limitació de drets. Succeeix, però, que quan la restricció determina un tracte diferenciat entre diferents tipus de subjectes, com en els casos a què ens referim, és necessari recuperar l'eix de la igualtat.

Així, el Tribunal opta per no subratllar la centralitat del criteri de la igualtat i s'aferra al debatut suport de la dignitat i, d'aquesta manera, aconsegueix modular en termes excessivament oberts el marge de la desigualtat que queda a les mans del legislador.

Per això, el Tribunal es pot mostrar clar a l'hora de rebutjar l'exclusió dels estrangers en situació irregular dels drets de reunió, i d'associació, sindicació i vaga, però al mateix temps deixa la porta oberta, en tots els casos, perquè el legislador pugui fixar condicions específiques per a l'exercici del dret «per part dels estrangers que es troben al nostre país sense la corresponent autorització d'estada o residència, sempre que respecti un contingut del dret que la Constitució salvaguarda pel fet de pertànyer a qualsevol persona, independentment de la situació en què es trobi» (FJ 6).

El curiós és que és el Tribunal mateix l'encarregat d'oferir-nos un argument central per desautoritzar els paràmetres que permeten l'amplitud del marge de configuració de drets desiguals, fins i tot quan es tracta d'estrangers en situació irregular. En analitzar les restriccions al dret d'educació, assenyalava que «la supressió de la residència per al dret a l'educació no obligatòria no comportaria, com al·lega l'Advocat de l'Estat una discriminació en perjudici dels estrangers regulars, ja que els que no disposin d'autorització per residir poden ser expulsats seguint els procediments establerts legalment, però mentre es trobin en territori espanyol no poden ser privats d'aquest dret pel legislador» (FJ 8).

D'aquesta manera, sembla que el Tribunal rebutja la possibilitat que es faci política migratòria per mitjà de les restriccions de drets constitucionals. Dit en altres termes, s'estaria tancant el pas a la privació de drets com a mecanisme per frenar l'arribada o permanència d'immigrants en situació irregular.

Amb això potser arribem a un dels punts centrals de la nostra argumentació: hem de situar el punt de partida en el principi d'equiparació de drets, de manera que només podran introduir-se diferències de tracte, com en la resta de casos, que puguin ser prou justificades d'acord amb els paràmetres que estableix el test de proporcionalitat. Evidentment, això també val respecte a les persones estrangeres en situació irregular, ja que una cosa és que siguin persones que, d'acord amb la normativa vigent, haurien de sortir del país i una altra de molt diferent és que, per aquesta raó, i mentre es trobin al territori, deixin de ser subjectes titulars dels drets o que es puguin introduir limitacions a l'exercici d'aquests drets que, en no estar justificades per la pròpia naturalesa del dret en qüestió, vulnerin el principi d'igualtat.

Com assenyala Viana, a partir de la jurisprudència analitzada, *«el patrón de medida “universalidad” del reconocimiento de derechos fundamentales, es un valor relativo y limitado a las clases de sujetos a quienes está reconocida su titularidad normativamente [...]. El poder simbólico del Derecho hace que la ambigüedad del juez constitucional envíe un mensaje al legislador de laxitud del sistema, de bendición incondicional a su discrecionalidad, un espaldarazo –no querido por la Constitución– a la negociación política sobre bienes jurídicamente indisponibles»*.¹⁸

3. Diversitat cultural, democràcia i drets

3.1. Introducció

En l'apartat anterior, s'ha intentat qüestionar, des d'una perspectiva jurídic-constitucional, la bateria d'arguments que han donat peu a polítiques migratòries que han permès *«una inversión de las lógicas de los flujos migratorios al pre-*

18. Viana, Andréa, *op. cit.*

*sentar a éstos como si fueran momentos episódicos y no esenciales a la construcción, reproducción y desarrollo de la vida de un pueblo».*¹⁹

Hem pretès mostrar com la desigualtat i la seva naturalització es recolzen en el sistema normatiu mateix, que sembla partir de la necessitat *«de establecer diques de contención frente a procesos que puedan descomponer o poner en peligro la propia identidad cultural [...], resultando los derechos de los otros y otras una amenaza que pone en cuestión el proyecto del liberalismo político y los derechos de los nuestros y las nuestras».*²⁰

Vistes així les coses, es podria sostenir que difícilment valdrà la pena abordar el debat sobre el marc de convivència, entès com a reconeixement recíproc, quan no hi ha un substrat mínim de drets iguals en el qual assentar les bases d'una vida comuna inclusiva de tots els membres d'una societat cada vegada més plural. Segons aquesta visió, com que no es parteix de zero i hi ha un grup cultural dominant, que a més disposa dels mecanismes polítics i jurídics necessaris per mantenir aquesta posició dominant, el debat estaria viciat des de l'inici.

No obstant això, val la pena l'intent de fer confluïr, fent ús de la distinció proposada per Zapata-Barrero, els dos contextos de multiculturalitat als quals ens hem estat referint: el primer és el que està associat a la immigració i parteix del fet que *«el pluralismo que resulta con la presencia de no-ciudadanos sigue una lógica de inclusión/exclusión»*, cosa que genera una distinció fonamental quant al sistema de drets i al context d'elecció; el segon és el que *«se manifiesta por la presencia de un pluralismo de identidades culturales»* i expressa *«las dificultades que tienen de manifestarse en una esfera pública concebida tradicionalmente para una identidad mayoritaria culturalmente homogénea».*²¹

D'aquesta confluència, en sorgirà la necessitat de conjugar dos tipus de pretensions aparentment contradictòries: respecte al primer context, i com ja hem vist, el principi d'equiparació de drets; respecte al segon, com veurem a continuació, el reconeixement de drets diferenciats.

19. Martínez de Bringas, Asier, «Interculturalidad en tiempos globales. El reto de los derechos de las mujeres migrantes», a Vila, Eduardo S. (coord.), *Pedagogía de la Alteridad. Interculturalidad, Género y Educación*, Madrid: Editorial Popular, 2007, p. 33.

20. *Ibíd.*

21. Zapata-Barrero, Ricard, «La ciudadanía en contextos de multiculturalidad: procesos de cambios de paradigmas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37, 2003, p. 192-193.

3.2. La materialització d'una igualtat complexa

Assenyala Zapata-Barrero que «*actualmente, el multiculturalismo obliga a las democracias a replantear sus propios fundamentos*», ja que aquests fonaments, igualtat de drets i igualtat d'oportunitats, de representació i de participació política, «*cuando se aplican a una realidad multicultural se comprueba que grupos cada vez mayores de población están lejos de ser tratados, a partir de su especificidad cultural, en términos "igualitarios"*».²² En aquest context, Añón sosté que «*la función más importante hoy de la ciudadanía es la organización del pluralismo, la articulación del multiculturalismo y de ahí que pueda jugar un papel dotando de contenido completo y consistente al complejo principio de igualdad*».²³

Torna a entrar en escena el principi d'igualtat, encara que aquesta vegada se'n subratlla el seu caràcter complex. Així és: en referir-nos al règim d'estrangeria, el principi d'igualtat apareixia com a referent d'enjudiciament de les possibles restriccions de drets entesos fonamentalment en la seva dimensió individual. En canvi, en abordar el tractament de la diversitat cultural, la igualtat es mou cap al terreny de la comparació entre col·lectius o, si es prefereix, de la situació dels seus membres com a pertanyents a aquests grups.

Des d'un punt de vista jurídic, això ens porta al concepte de *minories*, és a dir, «*aquellas personas o grupos que, por su raza, sexo, religión, condición física o cualquier otra circunstancia soportan de hecho una cierta discriminación social o padecen una situación de desventaja*».²⁴ Per tant, és essencial que el grup es trobi en una posició no dominant i, des del punt de vista de les minories culturals, que els seus membres comparteixin una sèrie de «*características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de los del resto de la población y que, aunque sólo sea implícitamente, mantienen un sentido de solidaridad dirigido a preservar su cultura, tradiciones, religión o lenguaje*».²⁵

22. *Ibid.*, p. 189.

23. Añón, María José, «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», *Cuadernos de Derecho Judicial*, exemplar dedicat a «Derechos de las minorías en una sociedad multicultural», Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 11.

24. Prieto Sanchís, Luís, «Las minorías religiosas», a D. A., *Derechos de las minorías y los grupos diferenciados*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1994, p. 14.

25. Añón, María José, *op. cit.*, p. 77.

En efecte, com assenyala Torbisco, «*básicamente, el debate sobre el multiculturalismo versa sobre las condiciones normativas de realización de la justicia en contextos de diversidad etnocultural, es decir, en sociedades donde conviven grupos étnicos o culturales que interactúan entre sí de forma significativa*». ²⁶

La complexitat esmentada es pot resumir d'una manera prou coneguda: allà on hi ha grups socioculturals en posició desigual, com succeeix en el context que analitzem, una concepció formal, estricta, del principi d'igualtat està destinada a perpetuar la jerarquia entre els grups i, per tant, la desigualtat entre els seus integrants.

Davant les reivindicacions legitimades per l'evidència de l'asimetria cultural, l'Estat d'arrel liberal té davant seu un repte semblant al que ha afrontat mitjançant la seva transmutació (parcial, incompleta i en retrocés) com a Estat social. De fet, es podria parlar de la necessitat d'una segona *materialització* del principi d'igualtat, que aquesta vegada atengui les diferències materials de partida derivades de les diferències culturals, no merament socials.

Segurament seria millor no desconnectar aquesta *segona materialització* de la primera, la de tipus social, per motius diversos. En primer lloc perquè, com sabem, la primera, lluny d'haver arribat a realitzar-se, està en franca recessió i continua sent la principal promesa incomplerta del constitucionalisme contemporani. En segon lloc, perquè seria un error, en el qual s'incorre sovint, tractar de desvincular els eixos que donen forma a les diferents dinàmiques de desigualtat i exclusió que defineixen les nostres societats. Al contrari, la major part dels obstacles a la inclusió són producte de l'entrecruament del racisme, el clasisme i la discriminació cultural.

En altres paraules, la materialització de la igualtat no es pot quedar en el terreny de les diferències socials o de classe sinó que ha d'incorporar, també i de manera entrellaçada, les diferències culturals, que, igual que les primeres, són elements que impedeixen la participació igual de tots els integrants de la societat. Diferències socials i diferències culturals o, en paraules de Boaventura de

26. Torbisco, Neus, «La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos», *Cuadernos del Poder Judicial*, núm. 6, exemplar dedicat a «Multiculturalidad», Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 282. L'autora es basa en Gutmann, Amy, «The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics», *Philosophy and Public Affairs*, 22, vol. 3, p. 171.

Sousa Santos, dinàmiques de desigualtat i exclusió com a sistemes de pertinença jeràrquica. La desigualtat com a fenomen socioeconòmic i l'exclusió com fenomen cultural i social, principalment.²⁷

Segons Nancy Fraser, la resposta a aquestes dinàmiques se situaria a desenvolupar una teoria crítica del reconeixement *«que defienda únicamente aquellas versiones de la política cultural de la diferencia que pueden combinarse coherentemente con la política social de la igualdad»*.²⁸ La proposta passaria per fer front a dos tipus d'injustícia: la injustícia socioeconòmica (explotació, marginació econòmica i privació de béns materials necessaris) i la injustícia cultural o simbòlica (dominació cultural, manca de reconeixement, manca de respecte). Com és sabut, són dues categories analíticament separades tot i que fàcticament molt imbricades: *«Las normas culturales injustamente parcializadas en contra de algunos están institucionalizadas en el Estado y en la economía; de otra parte, las desventajas económicas impiden la participación igualitaria en la construcción de la cultura, en las esferas públicas y en la vida diaria. A menudo el resultado es un círculo vicioso de subordinación cultural y económica»*.²⁹

En termes jurídic-constitucionals, tornem a l'article 9.2, ja que es tracta d'enfrontar situacions de *«discriminación o desventaja que el ordenamiento considera injustificadas y que, por tanto, carecen de traducción jurídica o que, si la tienen, es para dar vida a una normativa específica que trate de compensar por vía jurídica ese déficit, removiendo “los obstáculos que impidan o dificulten” la plena libertad e igualdad»*.³⁰ De tota manera, cal precisar una qüestió rellevant: amb la materialització del principi d'igualtat pròpia del compromís social de l'Estat, l'objectiu es xifra en la superació de les diferències socials de partida i, per tant, les mesures de discriminació inversa, els drets diferenciats, es justifiquen com a

27. *«La desigualdad implica un sistema jerárquico de integración social. Quien se encuentra abajo está adentro, y su presencia es indispensable»*. Per contra, l'exclusió pressuposa un sistema igualment jeràrquic al qual *«se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está afuera»*. *«Mientras que —continúa el mateix autor— el sistema de desigualdad reposa paradójicamente en el esencialismo de la igualdad, ya que el contrato de trabajo es un contrato entre partes libres e iguales, el sistema de la exclusión reside en el esencialismo de la diferencia»*. De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá: ILSA, 2003, p. 127.

28. Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta: reflexiones críticas desde la posición «postsocialista»*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 18.

29. *Ibid.*, p. 23-25.

30. Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, p. 15.

mesures temporals, transitòries. En canvi, en el cas de les diferències culturals, l'objectiu no és eliminar-les, sinó reconèixer-les com a mitjà per superar situacions de desigualtat social.³¹

Com veiem, el camí recorregut ens ha portat, de moment, a reclamar, d'una banda, la centralitat del principi d'igualtat en el debat sobre estrangeria. A més, aquest primer pilar de la nostra particular construcció l'erigim ara donant-li el nom, i la perspectiva, de la *redistribució*, l'horitzó de la qual és la realització efectiva de la igualtat entre individus. Però juntament amb aquest primer factor, estem donant cos a un segon pilar que sosté la necessitat de drets diferenciats i que porta també un rètol complementari: el *reconeixement*, l'horitzó del qual és la igualtat entre grups. Sens dubte, s'adverteix la tensió, segurament irresoluble, que implica el fet de parlar d'igualtat en drets i, alhora, de drets diferenciats.

Tornant a De Sousa Santos, el repte davant de dinàmiques presents de desigualtat i exclusió passaria per una nova articulació entre polítiques d'igualtat i polítiques d'identitat, que es podria condensar en la màxima següent: «*Tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza*».³²

3.3. L'Estat constitucional i els límits a les especificitats culturals

Com ja hem assenyalat, només amb la reforma recent de la Llei d'estrangeria s'ha començat a incorporar específicament la qüestió de la integració com a objecte de regulació general. El nou article 2 ter., es refereix a la «Integració dels immigrants» i en el seu primer apartat assenyalava que «els poders públics promouran la plena integració dels estrangers en la societat espanyola, en un marc de convivència d'identitats i cultures diverses sense més límit que el respecte a la Constitució i la llei».

31. De tota manera, es podria dir que l'horitzó normatiu, el llarg termini, sí que seria el de la irrelevància jurídica de la dada cultural. Amb les mires posades en aquest objectiu, Fraser distingeix entre mesures afirmatives i mesures transformadores. Són afirmatives les que s'adrecen a corregir els resultats inequitatius sense afectar les causes que els originen; les segones cerquen reestructurar el marc general que hi ha darrere de les injustícies. En el cas de les diferències culturals, portaria a la desconstrucció de les identitats culturals fixes. Vegeu Fraser, Nancy, *op. cit.*, p. 39-40.

32. De Sousa Santos, Boaventura, *op. cit.*, p. 134.

Salta a la vista que el principal punt de desacord es pot trobar en el significat de «respecte a la Constitució», ja que, com ja hem vist en l'apartat anterior, el marc d'allò que és possible pot variar sensiblement en funció de la interpretació que en fem. A més, si hi ha res de decisiu a l'hora d'abordar una o altra interpretació és el tipus de comprensió que tinguem de què són conflictes culturals, com es produeixen i com abordar-los des del principi democràtic i el sistema de drets establert constitucionalment.

Del que es tracta és de dibuixar els contorns del terreny del debat, els límits que marquen el que està dintre i el que està fora. I és aquí on apareixen aproximacions notablement diferenciades. En un extrem se situen els qui consideren que el límit és clar i que seria el que marca el principi d'igualtat i un sistema de drets i llibertats «cec a les diferències», perquè és tributari d'una moralitat universal que no pot claudicar davant de cap tipus d'exigència d'ordre cultural. En l'altre extrem, es trobarien els qui atorguen el mateix valor a tot tipus de realitat o expressió cultural i que, per tant, renunciïn no només a jerarquitzar-les, sinó fins i tot a la necessitat de trobar-hi punts d'interacció i consens.³³

Situats aquests marges, hi ha pocs autors que no acceptin la necessitat d'articular un lloc de diàleg entre espais o grups culturals. En canvi, «*más complicado y controvertido resulta fijar las condiciones mínimas de igualdad para la dialéctica o el diálogo libre y abierto de los distintos grupos socioculturales entre sí y con el grupo mayoritario*».³⁴ Per a autors com Grimm, per exemple, cal entendre que la integració de les persones immigrants no es pot veure com un «*proceso de acercamientos equivalentes*», ja que «*incluso aceptando que la sociedad de acogida se transforma a sí misma con la integración, seguimos estando ante una recepción en dicha sociedad. Mientras que se exige de los nacionales solo el reconocimiento de las peculiaridades ajenas, para los inmigrantes se trata de una práctica*

33. Es tracta d'una de les possibles manifestacions del que es coneix com a *culturalisme essencialista*, que pot desembocar tant en un enèrgic rebuig de la diversitat cultural, com a allò que Zubero ha denominat *pràctica de la «tolerància de xalet adossat»*, és a dir, la juxtaposició de guetos culturals sense intercanvi o diàleg de cap tipus. Zubero, Imanol, «El reto de la inmigración: acoger al otro y ampliar el nosotros», a Zamora, José A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*, Estella: EVD, 2003, p. 141.

34. Rubio-Carracedo, José, «Pluralismo, multiculturalismo y ciudadanía compleja», a Badillo O'Farrel, Pablo (coord.), *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural*, Madrid: Akal/Universidad Internacional de Andalucía, 2003, p. 183.

dosificada de aprendizaje».³⁵ A partir d'això, no és arriscat afirmar que la posició majoritària és la que entén, com fa Rubio-Carracedo, que «*la política multicultural ha de asentarse firmemente sobre la base universalista de los derechos humanos y los procedimientos democráticos, que son el fruto –no se olvide– de largos y penosos años de lucha revolucionaria contra el poder despótico y la intolerancia de todo signo*». Es tracta, prossegueix el mateix autor, del «*legado fundamental de occidente a la humanidad [...], patrimonio básico sobre el que construir la identidad común de la ciudadanía compleja*», de manera que «*todo rasgo cultural, religioso o social que choque con el mismo debe quedar subordinado de antemano*».³⁶

Des d'aquestes premisses, Grimm afirma que, almenys en la Llei fonamental de Bonn, no hi ha garantia constitucional de conservació de l'àmbit cultural d'origen de la persona immigrant, de manera que «*las pretensiones de los inmigrantes procedentes de otras culturas se agrupan sobre todo al amparo de la libertad religiosa*», que és, per molt que la religió sigui una convicció compartida per un nombre significatiu de persones, un dret individual.³⁷ El pas següent porta l'autor a situar els conflictes culturals en el terreny general de la ponderació entre interessos, perquè «*no existe motivo alguno, en definitiva, para prescindir de las posibilidades abiertas por la interpretación de las leyes limitadoras de los derechos fundamentales a la hora de resolver los problemas de la multiculturalidad*». De fet, ens recorda, la força d'irradiació dels drets fonamentals sobre la tasca del legislador «*ya ahora conduce a un ordenamiento jurídico altamente diferenciado que permite numerosas excepciones a normas jurídicas [...] sin que con ello haya padecido de modo significativo la conciencia jurídica de la población o la convivencia social*».³⁸

Centrant-se en la imposició de normes internes del grup que puguin estar en contradicció amb normes generals vigents, Grimm considera que és rellevant, per tal d'efectuar la tasca de ponderació esmentada, si la limitació compta o no amb la voluntat de l'afectat. Si és contrària a la seva voluntat no pot tenir cap cabuda en l'ordenament; mentre que si és voluntària, caldrà avaluar com

35. Grimm, Dieter, «Multiculturalidad y derechos fundamentales», a Denninger, Erhard i Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, edició i traducció d'Ignacio Gutiérrez, Madrid: Trotta, 2007, p. 61.

36. Rubio-Carracedo, José, *op. cit.*, p. 184 i 185.

37. Grimm, Dieter, *op. cit.*, p. 58.

38. *Ibid.*, p. 62.

s'ha format la lliure determinació de la voluntat en el si de les relacions familiars. Així mateix, «*debe tenerse en cuenta que incluso mediante limitaciones en principio poco significativas como por ejemplo el deber de llevar velo, se pueden consolidar concepciones de roles sociales y relaciones de género que [...] perjudiquen la tarea integradora de la escuela*» i contradiguin els fins constitucionals.³⁹ Per tant, per a aquest autor, pel que fa a la ponderació, la pregunta al·ludiria a saber en quina mesura el reconeixement de les normes del grup impedeix el desenvolupament de la personalitat i la integració en la societat d'acollida.

En tot cas, «*una frontera absoluta queda trazada cuando la minoría, para garantizar su identidad cultural, pretende prohibir en el seno del grupo una conducta que está protegida mediante garantías fundamentales por el orden constitucional nacional*». I encara que reconeix que el perímetre d'aquestes garanties no és fàcil de definir, sí que afirma amb rotunditat que ni la dignitat, ni la integritat física o psíquica, ni la igualtat de gènere, ni tampoc la decisió autònoma de cada membre sobre la seva pertinença o la seva separació respecte al grup, no poden ser sacrificades a necessitats del col·lectiu cultural.⁴⁰ Grimm tanca la seva argumentació d'una manera gens equívoca: als membres de les cultures minoritàries fruit de fenòmens migratoris «*no les queda otra alternativa que adaptarse al contenido nuclear del orden constitucional nacional o partir*».⁴¹

Un altre tipus de plantejaments opten per no subratllar tant els aspectes substancials, els mínims materials infranquejables, per centrar-se en els de tipus procedimental. Considera Denninger que «*cuando se produce el encuentro de convicciones religiosas o cosmovisiones diferentes*», atès que «*carecemos de la homogeneidad de costumbres y usos observada por Tocqueville [...] el recurso a un procedimiento institucionalmente asegurado de creación de Derecho se convierte en el camino razonable y "correcto" para que al menos resulte posible alcanzar un equilibrio satisfactorio*».⁴² Per això, l'autor saluda positivament la resolució del Tribunal Constitucional alemany quan, sobre l'ús del vel per part de professores en escoles públiques, opta per transferir la decisió al legislador dels *länder*, i no per una qüestió competencial sense més, sinó perquè «*resolver, atendiendo al*

39. *Ibid.*, p. 66.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*, p. 69.

42. Denninger, Erhard, «Derecho y procedimiento jurídico en una sociedad multicultural», a Denninger, Erhard i Grimm, Dieter, *op. cit.*, p. 42.

*imperativo de tolerancia, la inevitable relación de tensión entre, de un lado, la vertiente positiva de la libertad religiosa de un profesor y, de otro, el deber estatal de neutralidad en materia de religión y de visiones del mundo, el derecho de los padres a la educación de los hijos y la vertiente negativa de la libertad religiosa de los alumnos, es tarea que corresponde al legislador democrático del land, que ha de buscar en el proceso público de formación de voluntad un compromiso aceptable por todos».*⁴³

Amb relació a les dues línies argumentatives que acabem de recollir, tant la procedimental com la substancial, podem oposar-hi un plantejament comú: un Estat definit com a social i democràtic de dret no pot deixar d'incorporar com a criteri, per al tractament jurídic dels conflictes culturals, la desigualtat de partida en la qual es troben els subjectes protagonistes. En efecte, tant el «procés públic de formació de voluntat» com la consideració dels drets en la seva dimensió estàtica i individual desatenen obertament la conformació desigual del que Häberle denomina «*espacio público democrático-pluralista*», entès com una de les peces de la seva «*sociedad abierta de intérpretes de la Constitución*».⁴⁴

Sense deixar la doctrina alemanya, val la pena acudir a Habermas, qui considera que «*el principio de mayoría choca aquí con sus límites porque la contingente composición de la ciudadanía condiciona los resultados de un procedimiento aparentemente neutral [...]. La cultura mayoritaria tiene que desprenderse de su fusión con la cultura política general, compartida por todos los ciudadanos en igual medida, de lo contrario dicta los parámetros de los discursos de autoentendimiento*».⁴⁵

3.4. A tall de tancament (provisional)

En el nostre context ens basem, de nou, en la interpretació conjunta dels articles 9.2 i 14 de la CE. D'una banda, no es pot deixar a part la incidència del règim d'estrangeria en la configuració de l'espai de la presa de decisions. D'altra ban-

43. Sentència de 24 de setembre de 2003. BVerfGE 108, 282 i seg.

44. Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, p. 153.

45. Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona: Paidós, 1999, p. 123 i 126.

da, no podem esgotar el mandat d'igualació material en la superació de les desigualtats merament socials, sinó que estem obligats a incorporar la dada cultural i adoptar les mesures necessàries per garantir possibilitats efectives de participació. I no es tracta només de mesures puntuals i transitòries de discriminació inversa, o del reconeixement d'*excepcions culturals* a determinades obligacions. Consisteix, a més, a assegurar que l'ordenament jurídic ofereixi espais de diàleg i negociació des de la comprensió que allò que entra en col·lisió no són blocs culturals homogenis sinó determinats fets culturals amb una visió, també cultural, de les pautes mínimes de convivència.⁴⁶

Ens apropem així a un plantejament que subratlla la importància del diàleg, de la negociació i també, per tant, del reconeixement i de l'autonomia de les parts com a principi polític i moral que ha d'empènyer envers l'obertura d'espais de discussió sobre qüestions normatives compromeses, de manera que tots els afectats, sense exclusions, puguin participar-hi efectivament.⁴⁷

El plantejament que esbossem aquí no renuncia a proposar un conjunt de principis i valors com a pautes de convivència.⁴⁸ No és que hàgim d'abandonar en bloc els valors i principis que nodreixen el sistema de drets establert constitucionalment. La idea és una altra: es tracta d'estar disposats a acceptar que difícilment es poden pensar receptes generals que ens serveixin per «solucionar» tots els possibles problemes de convivència en societats culturalment diverses.

46. Per tant, podem valorar, i segurament ho hem de fer, fets culturals concrets des de la perspectiva del caràcter complex i canviant de les cultures. Com assenyalava San Román: «*Tendríamos que dejar de hablar de diferencias de las culturas en términos holistas y hablar de hechos culturales, compatibles o incompatibles. Una cultura, menos aún una identidad étnica, no desaparece porque se modifique o desaparezca un hecho cultural. Tampoco “la nuestra”. La negociación no implica dejar de ser*». San Román, Teresa, *Los muros de la separación. Ensayo sobre alterofobia y filantropía*, Barcelona: Tecnos/UAB, 1996, p. 124.

47. Benhabib, Seyla, «*Diversitat cultural, igualtat democràtica. La participació política en l'era de la globalització*», València: Tàndem «Arguments», 2000, p. 68.

48. No obstant això, aquests valors els entenem, amb San Román, des d'un etnocentrisme o etno-referencialisme crític que suposa «*saberse orientado culturalmente en el doble sentido de conocer la autorreferencia étnica y en el de valorar opciones ofrecidas desde el interior de la cultura propia (como libertad, igualdad, solidaridad, filantropía) y, por tanto, implica fundamentarse en una paridad con cualquier “otro” [...] Y supone, igualmente, la conciencia de maleabilidad, el saberse cambiante, pensarse a uno mismo como capaz de ser convencido por los argumentos del otro*». «*Son nuestras propias ideas, no necesariamente exclusivas, nuestro proyecto universal. Pero no debe confundirse esta universalidad del proyecto con una inherente panhumanidad de estos valores [...] También estos valores son culturales [...], también es sobre el referente de estos valores que nos convencen, como valoramos las características de otras culturas. Y de la nuestra*». San Román, Teresa, op. cit, p. 122.

No debades ens trobem davant de situacions que, com recull Alexandra Facchi, expressen amb claredat que «*el trabajo cotidiano del juez [...] definir lo semejante y lo diferente [...] se torna más complicado cuando se trata de deslindar no ya comportamientos diferentes, sino comportamientos de individuos que pertenecen a categorías sociales “diferentes”*». ⁴⁹ Per això, l'escenari proposat apunta més aviat a àmbits de diàleg i negociació, a polítiques públiques i espais de mediació i gestió local, més que a la criminalització o la imposició sense matisos de regulacions genèriques i sortides taxatives.

Com assenyala Torbisco, «*deberíamos tener claro que, en una sociedad multicultural, la deliberación sobre la justificación de las prácticas internas a los grupos culturales adquiere un papel crucial [...]. Lo que sucede a menudo es que la deliberación se excluye de antemano porque se demoniza a los grupos que disienten de la concepción del bien mayoritaria*». ⁵⁰ I és que, com assenyala Rubio-Carracedo, «*el grupo mayoritario defiende frecuentemente de modo conjunto su propia posición privilegiada con el legado revolucionario de los derechos fundamentales universalistas, con la consiguiente ambigüedad de sus posiciones*». ⁵¹

En aquest context, si bé és cert que des d'una perspectiva constitucional el reconeixement de drets respon a la lògica *contramajoritària*, atès que els drets marquen «l'esfera d'allò no decidible» per part de les majories, també és cert que aquest plantejament es refereix tant a la majoria que encarna el grup cultural davant l'individu que l'integra, com a la majoria culturalment dominant davant el conjunt d'individus de grups culturals minoritaris. ⁵² En definitiva, no es pot veure de manera unívoca el paper dels drets en els conflictes culturals, ja que incorporen un element de resistència que s'haurà d'activar, cas per cas, davant la dinàmica que més intensament *inferioritzi*, tant si és la de la pròpia comunitat cultural com la imposada per l'Estat.

49. Facchi, Alexandra, «La norma premiale», a Guastini, Ricardo i Paolo Comanducci, *Análisis del diritto*, Torino: Giappicchelli, 1991, p. 111 i seg., segons cita de De Lucas, Javier, «El racismo como coartada», a D. A., *Derechos de las minorías y los grupos diferenciados*, op. cit., p. 34.

50. Torbisco, Neus, op. cit., p. 335 i 336.

51. Rubio-Carracedo, José, op. cit., p. 184.

52. Benhabib assenyala que l'autonomia dels integrants dels grups culturals ha de ser l'objectiu central de tota política cultural, per tal de facultar els seus membres amb la lliure elecció, amb el desenvolupament o el rebuig dels aspectes propis de la seva cultura, en el marc del dret al conflicte i a la protesta cultural. Benhabib, Seyla, op. cit., p. 57.

Com veiem, no es tracta de renunciar al paper dels drets fonamentals i a la ponderació d'interessos. Senzillament, la proposta consisteix a situar en el terreny de la ponderació més aspectes que els assenyalats per Grimm, entre els quals hi hauria el mandat d'igualació material, cada vegada més sociocultural, aportat per l'article 9.2 de la CE com a mecanisme que incorpora l'anàlisi del context de desigualtats socials i d'obstacles a la participació política, és a dir, les condicions per a un reconeixement recíproc efectiu. Des d'aquí estarem segurament en una posició millor per abordar el conflicte que puguin generar determinades formes internes de cohesió o control en una comunitat cultural, la comprensió i l'expressió del fet religiós en l'espai privat i públic, l'ús de l'hijab o, fins i tot, les diferents formes de clitoridectomia.⁵³

En altres paraules, la justificació de les restriccions a les formes i els espais en els quals es pugui manifestar la llibertat de culte, expressades per exemple en els obstacles a l'obertura de determinats oratoris, o fins i tot la comprensió mateixa de la igualtat entre dones i homes, es debilita, també jurídicament, mentre l'aconfessionalitat de l'Estat no impedeixi un tracte preferent a la religió catòlica, el règim d'estrangeria incorpori restriccions injustificades de drets i es mantinguin fermes les barreres que impedeixen l'ampliació de la ciutadania política i social.⁵⁴

53. Per abordar aquests casos és aconsellable acudir al treball d'Adriana Kaplan a «Mutilaciones genitales femeninas; entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 6, exemplar dedicat a «Multiculturalidad», Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. També val la pena no prescindir de les reflexions de Teresa San Román a *Los muros de la separación*, *op. cit.*

54. Sobre el concepte de ciutadania social, vegeu Procacci, Giovanna, «Ciudadanos pobres, la ciudadanía social y la crisis de los Estados del bienestar», a García, Soledad i Lukes, Steven (comps.), *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, Madrid: Siglo XXI, 1999, p. 15-44.

RESUM**Revista catalana de dret públic**, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

342.304.2

Marco Aparicio Wilhelmi, professor lector de dret constitucional de la Universitat de Girona

ca Diversitat cultural, convivència i drets. Una anàlisi en el marc de la Constitució espanyola

p. 115-144

En el context de l'accelerada transformació de l'Estat espanyol d'un país d'emigrants a un país d'immigració, tant el debat social i polític com l'anàlisi acadèmica s'han dut a terme fonamentalment dins el terreny de l'estrangeria. En canvi, poc s'ha debatut al voltant del model de societat, del marc de convivència, que es vol construir.

Aquest text pretén oferir una reflexió sobre els paràmetres jurídic-constitucionals de la construcció d'un sistema d'inclusió igualitària compatible amb les diferències. Amb aquest objectiu, incorpora dos grans apartats. Un primer apartat es dedica a la incidència del règim d'estrangeria en el debat proposat, com a pas previ o conjunt de precondicions de la convivència. En aquest àmbit, s'analitzen

els caràcters generals de la regulació d'estrangeria i es qüestionen els fonaments que han servit al Tribunal Constitucional per donar cabuda al conjunt de restriccions als drets de les persones immigrades vigents avui en dia. El segon apartat tracta d'oferir algunes pautes de reflexió constitucional per fer front a les disputes que es poden originar en societats culturalment diverses. Concretament, es reivindica l'encaix constitucional del reconeixement de drets diferenciats, es proposa una comprensió cultural del mandat d'igualació material contingut a l'article 9.2 constitucional i, finalment, s'insisteix en la necessitat d'assegurar espais de diàleg i participació efectiva dels diferents protagonistes en els possibles conflictes de tipus cultural.

Paraules clau: diversitat cultural; multiculturalisme; estrangeria; immigració; reconeixement; drets humans; drets fonamentals; principi d'igualtat.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

342.304.2

Marco Aparicio Wilhelmi, profesor lector de derecho constitucional de la Universidad de Girona

ca Diversitat cultural, convivència i drets. Una anàlisi en el marc de la Constitució espanyola

es Diversidad cultural, convivencia y derechos. Un análisis en el marco de la Constitución española

p. 115-144

En el contexto de la acelerada transformación del Estado español de país de emigrantes a país de inmigración, tanto el debate social y político como el análisis académico se han desarrollado fundamentalmente dentro del terreno de la extranjería. Poco, en cambio, se ha debatido en torno al modelo de sociedad, del marco de convivencia, que se quiere construir.

El presente texto pretende ofrecer una reflexión sobre los parámetros jurídico-constitucionales de la construcción de un sistema de inclusión igualitaria compatible con las diferencias. Con este objetivo, incorpora dos grandes apartados. Un primer apartado está dedicado a la incidencia en el debate propuesto del régimen de extranjería, en tanto que paso previo o conjunto de precondiciones de la convivencia. En este ámbito, se ana-

lizan los caracteres generales de la regulación de extranjería y se cuestionan los fundamentos que han servido al Tribunal Constitucional para dar cabida al conjunto de restricciones a los derechos de las personas inmigradas vigentes hoy en día. El segundo apartado trata de ofrecer algunas pautas de reflexión constitucional para hacer frente a las disputas que pueden originarse en sociedades culturalmente diversas. Concretamente, se reivindica el encaje constitucional del reconocimiento de derechos diferenciados, se propone una comprensión cultural del mandato de igualdad material contenido al artículo 9.2 constitucional y, finalmente, se insiste en la necesidad de asegurar espacios de diálogo y participación efectiva de los diferentes protagonistas en los posibles conflictos de tipo cultural.

Palabras clave: diversidad cultural; multiculturalismo; extranjería; inmigración; reconocimiento; derechos humanos; derechos fundamentales; principio de igualdad.

ABSTRACT**Revista catalana de dret públic**, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by the authors

342.304.2

Marco Aparicio Wilhelmi, tenure-track lecturer in Constitutional Law at the University of Girona

ca Diversitat cultural, convivència i drets. Una anàlisi en el marc de la Constitució espanyola

en Cultural Diversity, Coexistence, and Rights: An Analysis within The Framework of the Spanish Constitution

p. 115-144

In the context of the rapid transformation of Spain from a country of emigration to one of immigration, both the social and political debate and academic analysis have taken place fundamentally within the area of foreign status. There has been little debate, on the other hand, about the model of society and framework for living together that are being sought.

This text proposes to offer some thoughts on the legal and constitutional parameters for the construction of an egalitarian system of inclusion that would be compatible with differences. To do this, it has two major sections. A first section is devoted to how the foreign status system affects the debate being proposed here, as a necessary first step, or series

of preconditions, for living together. In this area, the paper analyzes the general characteristics of the regulation of foreign status and questions the grounds the Constitutional Court cited to admit the restrictions on the rights of immigrants now in effect. The second section tries to offer some guidelines for constitutional reflection to cope with the disputes that can arise in societies that are culturally diverse. More specifically, it champions the insertion of the recognition of minority rights in the constitution, proposes cultural comprehension of the mandate of material equalization contained in Article 9.2 of the Constitution, and lastly, insists on the need to ensure spaces for dialogue and true participation of the various actors in potential cultural conflicts.

Key words: cultural diversity; multiculturalism; foreign status; immigration; recognition; human rights; fundamental rights; principle of equality.

