

Modelos culturales jurídicos: las paradojas del sentido común¹

Pompeu Casanovas

Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

A estas alturas, no voy a repetir aquí el contenido de la Ley de Extranjería.² El motivo de mi intervención aquí no es comentarla. No es necesario ser jurista para entender que comporta un grave recorte de derechos y de posibilidades de actuación para los inmigrantes residentes y no residentes en nuestro país. Me limitaré, pues, a señalar que esta ley se inserta y desarrolla en un plan general de más largo alcance conocido como GRECO (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración), coordinado desde el Ministerio del Interior y que prevé 23 acciones y 72 medidas concretas destinadas a ejecutar 4 líneas básicas, a saber, citando a la letra:

- a) Diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España, en el marco de la Unión Europea;
- b) integración de los residentes extranjeros y de sus familias, que contribuyen activamente al crecimiento de nuestro país;
- c) regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia de la sociedad española;
- d) mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados.³

1. Este texto se basa en una intervención que tuvo lugar en las II Jornadas de Mediación Intercultural, Santa Coloma de Gramenet, 7 de abril del 2001. Aunque, como se verá, ha cambiado mucho la política del gobierno español desde esta fecha, creo que gran parte de lo expuesto sobre las paradojas inducidas por una interpretación autoritaria del Estado de Derecho es aún válida. Esta es la razón principal para reproducirlo aquí, cinco años más tarde. Hay que tener conciencia del modelo jurídico del que se partía para medir la evolución posterior. No he modificado los tiempos del artículo para no inducir a error al lector.

2. Se trataba de la restrictiva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta ley fue objeto de modificación por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la LO 4/2000. El Reglamento de este texto legislativo no fue promulgado hasta el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que abrió la puerta al proceso de regularización de la situación de los trabajadores extranjeros en España mediante la obtención del permiso de residencia y de trabajo.

3. En abril del 2001, se hallaba en la dirección <http://www.mir.es/dgei/programa.htm>; los formularios se hallaban en <http://www.mir.es/extranje/modelextrj.htm>.

Este texto presenta –como exposición de una política pública– algunos aspectos notables. De su lectura se deriva, por ejemplo, la sensación de que el Ministerio está más interesado en la repatriación de los inmigrantes que en su posible integración en nuestro país.⁴ Y, asimismo, que para el cumplimiento de los acuerdos de Schengen, y casi como única solución para el control de flujos migratorios (línea 3 del programa), hay que aumentar los controles en las fronteras e incrementar los recursos policiales técnicos y humanos para su vigilancia. La metáfora utilizada es la de la «lucha contra la inmigración ilegal».

Pero el rasgo sociológicamente más llamativo es la distinción implícita entre «buenos» y «malos» inmigrantes, que se corresponde con la distinción explícita entre un supuesto «círculo vicioso» y un supuesto «círculo virtuoso» de la inmigración.

Entrada clandestina, estancia ilegal, explotación laboral, marginalidad, pobreza, hechos delictivos para la supervivencia y confrontación social constituyen un *círculo vicioso* que sucede inexorablemente para aquellas personas que como víctimas de las redes mafiosas son engañadas y crean una realidad social que el Gobierno no puede permitir.

Entrada legal, permiso de residencia, contrato de trabajo, derechos sociales, reagrupación familiar, integración y convivencia multicultural, constituyen por el contrario un *círculo virtuoso* que es el que el Gobierno pretende alcanzar con esta línea básica (III. p. 2).

Hay muchas formas de refutar esta afirmación. Por ejemplo, con los datos en la mano, se puede mostrar que los inmigrantes no aumentan de por sí los índices de criminalidad. Son, otra vez, más víctimas ellos mismos de la delincuencia establecida que partícipes de esta misma delincuencia. Pero la línea de crítica que voy a desarrollar hoy brevemente creo que tiene más calado, puesto que nos afecta a todos y se dirige a los presupuestos de «sentido común» que subyacen a la distinción entre dos círculos –uno bueno y otro perverso– de inmigración. Afecta, pues, a la consideración de la identidad del inmigrante, a la nuestra propia, y a las paradojas que se derivan de ello cuando inten-

4. No me resisto a reproducir el siguiente párrafo: «En otras ocasiones, por ahora entre nosotros las menos numerosas, son técnicos o profesionales altamente cualificados o especializados, por lo que deberíamos hacer reflexivo que, excediendo ciertos límites, la inmigración por razones económicas puede llegar a empobrecer a los países de origen, de por sí con escasos o nulos niveles de desarrollo, en los que podemos llegar a producir una auténtica fuga de emprendedores y cerebros.

Esta reflexión ha de llevarnos a una conclusión importante: la inversión para el codesarrollo de los países de emigración tiene que ser la pieza clave del diseño global del Gobierno en la presente legislatura, en la que hemos de favorecer, entre otras actuaciones, el retorno de emigrantes a sus países de origen. Su mejor formación profesional después del trabajo desarrollado aquí será un valor añadido a su propio bagaje que les permitirá contribuir al esfuerzo de desarrollo y crecimiento de sus propios países» (III. p.1).

tamos atajar el problema con argumentos de autoridad poco informados o, como es común, prescindiendo de los resultados aportados por las ciencias sociales.

En síntesis, voy a intentar defender las siguientes tesis: *a)* la dicotomía entre inmigración «buena» o «legal» e inmigración «mala» o «ilegal» esconde la crisis de la versión autoritaria del actual Estado de Derecho en relación con el poco valor descriptivo y explicativo de la distinción misma entre «legal» e «ilegal»; *b)* el mantenimiento de la ficción jurídica de un Estado de Derecho operante en relación a la identidad de las personas permite, justamente, el trato indiscriminado o la manipulación interesada (económica y social) de estas personas que son consideradas como «extrañas» o «ajenas» a la comunidad social en la que viven y trabajan; *c)* el mantenimiento de la ficción jurídica de un Estado de Derecho, cuando es tratada de forma acrítica por los medios de comunicación, permite la extensión de una ecuación simple entre «legales»-«nacionales» (o «comunitarios») e «ilegales»-«extranjeros», de manera que la identidad de los miembros del país es considerada como el elemento de referencia para la asimilación cultural y social; *d)* así, los valores materiales de justicia e igualdad, más la conciencia creada en los medios de comunicación, permite la cristalización de una visión popular del derecho, o la creación de lo que podríamos denominar «modelos jurídicos populares» que a veces son más un freno que un estímulo para el desarrollo reflexivo de conductas más abiertas y comprensivas de valores de justicia; *e)* como puede mostrarse a partir de los documentos etnográficos del GRES,⁵ estos estereotipos jurídicos –como modelo popular o *folk model*– pueden desarrollarse también en el interior de la propia Administración de Justicia; *f)* finalmente, la perversión termina produciéndose en un bucle donde el propio inmigrante acaba pareciéndose a su estereotipo, justamente porque intenta desesperadamente acercarse al modelo ficticio de «buen ciudadano», «cumplidor de las leyes», «legal»... que le es impuesto desde la imagen inversa de sus propios modelos culturales de derecho y de justicia (donde es más importante ser que actuar).

Para acabar mi razonamiento, creo que ya va siendo hora de sustituir la imagen que el derecho da de sí mismo –un centralizado «Estado de Derecho» con un único «ordenamiento jurídico»– por una imagen más realista y modesta de un «Estado de derechos», donde la ciudadanía tiene algo que decir a partir de sus propias ideas materiales de justicia, y donde –a veces– puede cumplirse la ley y, a veces, no. Esto requeriría, naturalmente, abandonar la idea de que el derecho se compone de normas que son exclusivamente (con disyunción exclusiva) válidas o inválidas. Dicho de otro modo: la manera más segura de mantener la diferencia de trato económico y social de los inmigrantes es el mantenimiento de una noción de «derecho» y «estado» que articule por su cuenta la identidad de referencia nacional (o «comunitaria») y la proyección de esa identidad a

5. E.g. «Un equipaje especial» (Audiencia de Barcelona, 1993), Grup Recerca i d'Estudis Sociojurídics de la UAB (GRES), edición de E. ARDÈVOL, 1993.

cualquier persona que entre en este círculo o marco normativa y autónomamente definido. Se impide así el diálogo intercultural, el intercambio y la negociación de valores y experiencias, imponiendo una única forma de ser, mostrando una imagen homogénea inexistente en los propios nacionales e induciendo en los inmigrantes y residentes sentimientos ambivalentes de integración y rechazo, de orgullo y vergüenza, de protección y miedo al mismo tiempo. Esta ambivalencia, por lo que sabemos, es uno de los rasgos estigmatizantes de los que más les cuesta librarse a los denominados «inmigrantes de segunda generación».

2. DISCUSIÓN: LAS PARADOJAS DE LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE DERECHO COMO «SENTIDO COMÚN JURÍDICO»

Voy a partir de algunas afirmaciones previas:

- 1) La incertidumbre de los datos oficiales de inmigración. Oficialmente, se centran en alrededor de 800.00 residentes en 1999 (de los que el 45% proceden del continente europeo).⁶
- 2) La naturaleza de una inmigración de tipo económico nuevo, no industrial, no interior a la península y afectada por el proceso de globalización entre grandes regiones del mundo (África, Latinoamérica, Asia), que afecta a los modelos sociológicos mismos para su descripción.⁷
- 3) El hecho de que la península haya dejado de ser un lugar de paso para convertirse en un lugar de recepción de inmigrantes.
- 4) El hecho de que España no haya alcanzado aún los niveles de acogida de inmigración de otros países europeos. Piénsese que dos tercios de los extranjeros

6. Recuérdese que esto se escribe en el 2001. En junio de 2003 la población extranjera en España era de 1.448.671, los europeos eran el 34,98%, 27,44% eran de origen africano y el 29,85% provenían de Latinoamérica. Marruecos era el país emisor de inmigración con más porcentaje: 21,18% del total. Estos datos han sufrido variación al alza en el 2005. Oficialmente, existen 1.977.291 extranjeros en España. El 25,24% corresponde a nacionales de países comunitarios, el 8,5% a europeos no comunitarios, el 25,22% a africanos, el 32,85% a latinoamericanos y el 7,22% a asiáticos. Maruecos sigue siendo el país de origen con más emigración en España, el 19,58%. De estas cifras, en diciembre de 2004 sólo habían obtenido tarjeta de residencia 320.280 extranjeros. El Real Decreto 2393/2004 que promulgaba por fin el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 venía a paliar esta situación que se había revelado insostenible [<http://extranjeros.mtas.es>].

7. Vid. sobre los modelos existentes, Lluís Recolons, «Les migracions en l'estudi científic de la població», *Revista Catalana de Sociologia*, 6 (1998): 51-70. Los modelos de análisis emergentes se centran en las migraciones como incrustadas en un sistema de vínculos (*linkages*) y como un proceso; por lo tanto, intrínsecamente ligadas al cambio social.

de Francia, y tres cuartas partes de los de Alemania y Holanda, son de origen no europeo (en España, oficialmente, son la mitad).

- 5) El hecho de que bajo el mismo término de *inmigración* se encuentran problemas sociales que en realidad son diferentes (integración de los miembros de segunda generación, problemas demográficos del país de acogida, problemas de vivienda, problemas intergeneracionales, problemas de vejez, problemas de marginación de los trabajadores de escala más baja, problemas específicos de las grandes zonas metropolitanas, problemas de desintegración de los modelos familiares tradicionales, problemas de género y problemas interculturales).

Me parece cierta la advertencia de Manuel Castells y Jordi Borja sobre la ambigüedad del término *inmigración*:

Esta es la verdadera fuente de tensión social —escriben—: la creciente diversidad étnica de una Europa que no ha asumido aún dicha diversidad y que sigue hablando de *inmigrantes* cuando, cada vez más, se trata en realidad de nacionales de origen étnico no europeo.⁸

Y me parece cierto, también, que en los problemas de integración de estos «nacionales de origen étnico no europeo» (inmigrantes de segunda generación), el género es determinante: como ha estudiado Carmel Camilleri para los inmigrantes árabes en Francia, aunque hay una evolución clara hacia el modelo familiar de la sociedad de acogida, este proceso no se produce sin tensiones, sobre todo de las hijas respecto de sus padres (doble código —dentro/fuera del hogar—, alejamiento del poder paterno, elección de cónyuge y pérdida de valor de la virginidad...).⁹

Por ello no deja de sorprenderme la actitud de las políticas públicas adoptadas por la UE. Después de definir los procesos de discriminación como «el tratamiento distinto y desigual de individuos o grupos por razón de características reales o imaginarias que se perciben como experiencias negativas», define aún dentro de la categoría de *emigrantes* a «las personas de origen emigrante, minorías étnicas emigrantes y sus descendientes, incluidas la segunda y tercera generaciones».¹⁰ Nótese que, según esta defi-

8. Jordi BORJA, Manuel CASTELLS, *Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información*. Madrid, Taurus, 1997, p. 118. Entre 1981 y 1990, el incremento de población en el Reino Unido fue de tan sólo el 1% para los blancos (51,847 millones) y del 23% para las minorías étnicas (2,614 millones).

9. Carmel CAMILLERI, «Evolution des structures familiales chez les Maghrébins et les Portugais de France», *Révue Européenne des migrations Internationales*, 8 (2) (1992): 133-148.

10. Vid. Comisión Europea, *Hacia el empleo para todos. Lucha contra el racismo y fomento de la integración de los emigrantes. Empleo & Asuntos Sociales*. Serie Innovaciones, 9. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas: 2000, p. 3.

nición, dos terceras partes de norteamericanos, por lo menos, serían aún «emigrantes» en los Estados Unidos. Hay un profundo etnocentrismo aún no superado en todo esto.

Bien, vayamos, en el otro extremo, a los modelos jurídicos. En esta situación de fragmentación y de nueva segmentación social, la inmigración es solamente un índice y un espejo de lo que está sucediendo en las mismas sociedades de acogida: la crisis de los estados-nación, la crisis del Estado de Derecho, y la construcción de nuevas relaciones económicas «glocales» –para utilizar un término de Vittorio Olgiati– en las que el derecho se posiciona nuevamente como un espacio de relación puramente mercantil (como la *lex mercatoria* medieval) o de negociación entre agentes jurídicos corporativos (empresas de abogados, entidades financieras y organizaciones internacionales de comercio, principalmente).¹¹ La polarización me parece evidente.

Creo que los modelos tradicionales que la doctrina jurídica había elaborado para describir el derecho resultan aquí paradójicos: representan la búsqueda de un sentido homogéneo que aparentemente unificaría la comunidad social mediante leyes formalmente iguales para todos y racionalmente aplicadas en los tribunales. Esto, al menos en Europa, se corresponde con el ideal decimonónico de la búsqueda de la «seguridad jurídica». Conocemos tres de estos modelos, desarrollados entre 1930 y 1960: *a)* jerárquico-normativo (positivismo jurídico); *b)* confrontación de intereses (iusrealismo jurídico norteamericano); *c)* reconocimiento y adjudicación de derechos (positivismo sociológico).¹² Lo que quiero decir con ello es que, al mismo tiempo que estos modelos han alimentado la cultura profesional de los denominados «operadores jurídicos» (jueces, fiscales, abogados...), se han visto también implementados en la conciencia popular. Así, la imagen kelseniana del derecho –la célebre *Stufenbau*, que es, en realidad, la inversión de la posición original de Merkl (una pirámide invertida)– es fácilmente representable en la memoria y no se halla solamente en la concepción normativa del rango legislativo de jueces y fiscales: está también en la conciencia popular que coloca a la Constitución como vértice del poder representado por el derecho.

En la concepción occidental, no hay negociación entre el poder y el sujeto al poder, Estado y derecho se hallan emparentados y, además, el objeto de las «normas» jurídicas que aplican los jueces desde la Administración de Justicia del Estado no son los individuos, sino sus acciones y comportamientos. Se juzgan hechos que constituyen ilícitos, no personas.

Esta concepción de justicia se deriva de las racionalizaciones de los juristas euro-

11. *Vid.* una descripción de estos procesos sucintamente citados en Pompeu CASANOVAS, «Las formas sociales del derecho contemporáneo: el nuevo *ius commune*», WP 147, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998 [disponible en <http://www.icps.es>].

12. He tenido ocasión de describir los distintos modelos en Pompeu CASANOVAS, *Gènesi del pensament jurídic contemporani*, Ed. Proa, Barcelona, 1996.

peos del siglo XIX, centrado en un estricto monismo jurídico: las leyes son la fuente del derecho y el *imperium* del Estado es su garante. Es un modelo dicotómico en todas sus fases: interpretación/aplicación, hecho/norma, delito/sanción, legal/ilegal, validez/invalidéz. En definitiva: hay comportamientos conformes a derecho («buenos») y comportamientos no conformes a derecho («malos»), y los criterios de justicia tienden a coincidir con criterios de orden.

Lo que quiero señalar con esto es la paradoja que se produce cuando otros modelos no occidentales de lo que es bueno, justo o legal entran en contacto con actitudes que exigen la delimitación conceptual tajante entre «legal» e «ilegal». Los modelos de justicia pueden ser distintos: graduales (sin elementos discretos), atemporales (con una distinta concepción del tiempo), aespaciales (con un espacio no tan determinado como el de la acción) y, sobre todo, centrados en la persona más que en los «hechos» o en las «acciones». Así, simplificando un poco, un modelo popular de derecho en Marruecos es el de la argumentación perenne y negociada de los hechos, puesto que es la persona, y no sus acciones, quien es más o menos «justa». Tal como ha mostrado el trabajo de Lawrence Rosen¹³ (y el de June Starr sobre la metáfora de la ley),¹⁴ el derecho marroquí se centra en una argumentación continua, como si se estuviera en el zoco, en un trabajo de argumentación y contraargumentación judicial sobre la bondad del justiciable ante el juez. En un modelo gradual de este tipo, la «verdad» procesal buscada en el modelo español no tiene mucho sentido. Pero es que, además, al entrar en contacto con un modelo autoritario estatal de justicia, los gestos, las palabras, la expresión de un procesado marroquí tienden a exagerarse en su intento de mostrar que, siendo un «buen inmigrante», él no puede haber cometido el delito que se le imputa. Esta actuación —que es en realidad la expresión llevada al extremo del respeto a la autoridad en su modelo de justicia— tiende a ser interpretada por el juez en términos de «mentira», cuando no de «comedia».

Este es el proceso de creación y activación de estereotipos culturales que van a enquistarse luego en la práctica profesional: la paradoja estriba, pues, en que nuestro modelo jurídico implícito, intuitivo, crea su propia imagen inversa también a través de la exacerbación de los demás modelos. Si un inmigrante es marroquí, *probablemente* traficará con droga y mentirá en el juicio: un «mal» inmigrante, según la denominación del Ministerio, que pretende ser «bueno», según el modelo autóctono de justicia.

Han sido, desde luego, los antropólogos y sociólogos del derecho los críticos más serios de la ficción jurídica del Estado de Derecho. El término «pluralismo jurídico» (*legal pluralism*) fue acuñado en un célebre artículo por John Griffiths en 1986 para

13. Lawrence ROSEN, *The Anthropology of Justice. Law as culture in Islamic Society*, Cambridge University Press, 1989; vid. también, «Islamic Law as Common Law: A Brief Stroll through Arab Law and Society», en: Johannes Feest & Erhard Blankenburg, *Changing Legal Cultures*, 1997, pp. 31-42.

14. June STARR, *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, State University of New York Press, 1992.

hacer frente a la polarización conceptual respecto a otras fuentes simbólicas y sociales producidas por la denominada teoría del derecho europea o norteamericana.¹⁵ Recientemente, justamente en el prefacio de una obra sobre el derecho árabe, Griffiths ha vuelto sobre los orígenes del término del siguiente modo:

Es esta perspectiva [del positivismo jurídico] —una perspectiva del mundo social, y no de la palabra *derecho*— la que constituía el objeto del ataque de Vanderlinden en la década de 1970. Un grupo pequeño de gente, pero cada vez más numeroso, empezó a insistir en que si uno contemplaba la vida social desde esta perspectiva centrada en el derecho, no podría entender nunca las tres preguntas fundamentales sobre el orden social: 1) ¿cómo funcionan las reglas de comportamiento en los grupos sociales? 2) ¿cuáles son las relaciones entre las conexiones que se dan entre reglas de distinto origen, y, en particular, cuál es el papel de las reglas del derecho estatal en la vida social? 3) ¿cuándo y por qué surgen las disputas acerca de la aplicación de reglas y qué sucede con ellas? El punto de vista alternativo que estos iniciadores propagaban empezó a denominarse *pluralismo jurídico*. Pero podría haberse llamado también *pluralismo normativo* o *pluralismo en el control social*. El término *pluralismo jurídico* nunca fue en realidad conscientemente escogido, emergió solamente del contexto en el que tuvo lugar el debate.¹⁶

3. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA EL DEBATE

1. Creo, desde luego, que no hay ningún círculo «vicioso» o «virtuoso» de la inmigración. Pero esta concepción ejemplifica perfectamente que una perspectiva así no solamente esconde la realidad de la inmigración, sino también la realidad de la crisis de los Estados de Derecho de los países de acogida a la inmigración (especialmente en su versión autoritaria).

2. En un mundo globalizado, las categorías dogmáticas dicotómicas centradas en un único centro normativo de poder (como «legal» e «ilegal») dejan de tener sentido. Si se mantiene esta distinción, se tiende a generar las paradojas que he intentado mostrar en mi exposición y se impide el diálogo intercultural y la creación de la mezcla, de una cultura democrática que, en estas condiciones, sólo puede ser híbrida, impura, conscientemente aprendida entre todos (los de «dentro» y los de «fuera»).

15. John GRIFFITHS, «What is legal pluralism?», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24 (1986): 1-55.

16. John GRIFFITHS, «Preface», en: B. DUPRET, M. BERGER, L. AL-ZWAINI, *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. viii.

3. Es importante, pues, la construcción reflexiva y dialogada de nuevos modelos jurídicos de justicia, presentes en la conciencia popular. No me refiero a los modelos intuitivos de sentido común dogmático-jurídico de abogados, jueces y fiscales, porque éste asimismo es el sentido común transmitido a la población europea por los procesos de despolitización del derecho (y del Estado) desde el siglo XIX. Pretendo referirme, en cambio, a algo más sencillo: a la reflexión sobre la parte de nosotros mismos que debe cambiar en la situación presente de un flujo exterior de inmigrantes que, según todos los indicios, no hará más que crecer en los próximos años.

4. Si hablamos de derechos, pienso que es mejor desvincularlos, en parte, del ideal positivista de control y de seguridad jurídica relativa a cualquier tipo de texto o autoridad mítica (llámese constitución, código, ley, tribunal supremo o tribunal constitucional). Hoy en día los centros de poder son muchos e insospechados. Construir, desde la base, una ciudadanía reflexiva capaz de aportar sus propios criterios –y dentro de ellos, el de una justicia abierta– me parece más realista, contra lo que pudiera parecer, que fiar solamente en instituciones que ellas mismas están ya inmersas en un proceso de cambio acelerado. Soy consciente del riesgo e incertidumbre que conlleva esta propuesta, que dirijo, especialmente, a aquellos que van a tener que actuar en un mundo que va a estar formado y conformado por profesionales y empleados tanto como por ciudadanos. Muchas gracias.

