

LOS DERECHOS POLÍTICOS
DE LOS RESIDENTES
EXTRANJEROS:
LA CIUDADANÍA INCLUSIVA

Autor:
Carlos Arce Jiménez

documentos

documentos

documentos

LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS
RESIDENTES EXTRANJEROS:
LA CIUDADANÍA INCLUSIVA

A los parias de la era de la globalización, por demostrarme que la esencia de la ciudadanía y la dignidad humana no puede ser vulnerada por ninguna norma jurídica o decisión política.

A mi madre, por regalarme el valor de la ética del trabajo.

A mi hermana Lourdes, por sus constantes desvelos para que mi periplo universitario llegue a buen puerto.

A Marta y Ángela, por darle sentido a todo.

LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS RESIDENTES
EXTRANJEROS:
LA CIUDADANÍA INCLUSIVA

Carlos Arce Jiménez

*Tesis doctoral defendida el 20 de febrero de 2012 (Sobresaliente cum
laude) Facultad de Derecho y CCEE Universidad de Córdoba*

1º Edición

Tirada: 50 Ejemplares

Edita: DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

C/ Reyes Católicos, 21

41001 Sevilla

Teléfono: 954 21 21 21 Fax: 954 21 44 97

<http://www.defensordelpuebloandaluz.es>

defensor@defensor-and.es



Esta publicación esta sujeta a una licencia Reconocimiento – Compartir Igual 3.0 de Creative Commons.

La licencia completa se puede consultar en la siguiente dirección:

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/es/legalcode.es>

ISBN: 978-84-695-6592-6

Depósito Legal: SE-4709-2012

Maquetación e Impresión: Artes Gráficas Servigraf, S.L.

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis doctoral no hubiera sido posible sin la disponibilidad y dedicación de su director, el profesor Octavio Salazar. La implicación que ha mostrado a lo largo de todo el proceso de investigación y redacción ha superado con creces la media de lo exigible a un director de tesis. Por todo ello, una vez más, muchas gracias Octavio.

Lo que principalmente caracteriza a este trabajo es su aspiración de mantener una conexión directa con la sociedad civil y la realidad social. Esa característica se sostiene, mucho más que en una labor personal, en la militancia y compromiso de mis compañeros de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, en especial en la de los miembros del área de inmigración. Mi más cariñoso reconocimiento a todos ellos.

Igualmente ha sido muy importante la contribución en el “trabajo de campo” de los colectivos de la plataforma “Todos iguales, todos ciudadanos”, siendo obligado destacar en este ámbito a los compañeros de la Federación Andalucía Acoge.

El Área de Derecho Constitucional del Departamento de de Derecho Público y Económico de la Universidad de Córdoba ha puesto a mi disposición la imprescindible cobertura material y técnica para que pudiera desarrollar esta línea de investigación en las mejores condiciones posibles.

Brigitte Espuche, jurista e infatigable militante en la defensa de los derechos de las personas migrantes, ha colaborado en la presente tesis doctoral aportando valiosos datos sobre el Derecho de extranjería y las políticas migratorias de la República francesa. Y mucho más relevante, aportando su amistad y hospitalidad “parisina”.

M^a Lorena Cook, profesora de la Cornell University (Nueva York, EEUU), realizó muy amablemente las gestiones pertinentes para dar respuesta a mi solicitud de información sobre la situación de los derechos políticos de los residentes extranjeros en EEUU.

Mi familia y amigos han soportado pacientemente, con la mejor de las sonrisas y un incondicional apoyo, todas las horas que les he tenido que robar en los últimos años para que estas páginas se convirtieran en una realidad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO.-	
La ciudadanía en la era de la globalización: la crisis de su vinculación con la nacionalidad y del papel hegemónico del Estado-Nación.	23
I) Globalización y movimientos migratorios. Desafíos para el Estado-nación y para el concepto liberal de ciudadanía.	25
II) La construcción de una ciudadanía inclusiva.	33
III) Propuestas doctrinales de revisión del concepto de ciudadanía.	41
III.1) El punto de partida: La ciudadanía liberal clásica.	43
III.2) La reacción identitaria: La ciudadanía comunitarista y nacionalista.	47
III.3) Las alternativas reformistas.	51
III.3.a) La ciudadanía gradual.	52
III.3.b) Ciudadanía basada en una nacionalidad abierta.	55
III.3.c) La ciudadanía neorepublicana.	61
III.4) Las alternativas rupturistas. La superación de la nacionalidad y del Estado- nación como marco jurídico-político de la ciudadanía.	65
III.4.a) La ciudadanía basada en la residencia.	65
III.4.b) La ciudadanía multicultural.	70
III.4.c) La ciudadanía postnacional.	76
III.4.d) La ciudadanía transcultural.	78
III.4.e) La ciudadanía cosmopolita.	79

CAPÍTULO SEGUNDO.-

El reconocimiento de los derechos fundamentales de los residentes extranjeros en España y la Unión Europea.	83
I) Breve referencia al Derecho Internacional extracomunitario.	85
I.1) Principales instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos. ...	87
I.2) Derechos políticos de los residentes extranjeros en el Derecho Internacional.	93
II) Ciudadanía y derechos fundamentales de los residentes extranjeros en la Unión Europea.	101
II.1) La ciudadanía europea.	103
II.2) La ciudadanía cívica.	113
II.3) Una política migratoria europea restrictiva de los Derechos Humanos.	121
II.1.a) La Directiva sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.	126
II.1.b) Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Programa de Estocolmo y Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.	129
III) Ciudadanía y derechos fundamentales de los residentes extranjeros en España.	143
III.1) La dignidad humana y el papel de los tratados internacionales en la interpretación de los derechos fundamentales.	145
III.2) La configuración legal de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España.	149

III.3) La sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre.	157
III.4) La LO 2/2009, de 11 de diciembre.	161
III.5) Restricciones de derechos de personas extranjeras distintos a los de participación política en el ordenamiento jurídico español.	163

CAPÍTULO TERCERO.-

Una aproximación a los derechos de participación política de los residentes extranjeros en el Derecho comparado. Especial referencia a los países miembro de la Unión Europea.

177

I) Unión Europea.	179
I.1) Nacionales de Estados miembro (ciudadanos europeos). ...	179
I.1.a) La Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993, por la que se establecen las modalidades del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo para los ciudadanos de la Unión que residan en un Estado miembro del que no son nacionales. ...	180
I.1.b) La Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.	181
I.2) Nacionales de terceros países.	185
II) Países miembro de la Unión Europea.	191
II.1) Estados miembro de la UE que reconocen derechos de participación a residentes extranjeros a nivel nacional.	195
II.1.a) Reino Unido.	195
II.1.b) Irlanda.	195

II.2)	Estados que permiten la participación de residentes extranjeros de terceros países exclusivamente en el nivel local.	197
II.3)	Estados de la Unión que no contemplan ningún nivel de reconocimiento del derecho de sufragio a los residentes de terceros países.	199
II.3.a)	Alemania.	199
II.3.b)	Austria.	200
II.3.c)	Francia.	201
II.3.d)	Italia.	202
II.3.e)	Polonia.	203
II.4)	Evolución de la participación política de los extranjeros no comunitarios en los países de la Unión Europea con mayor tradición en su reconocimiento.	205
II.4.a)	Suecia.	205
II.4.b)	Dinamarca.	205
II.4.c)	Países Bajos.	206
III)	Derechos políticos de los residentes extranjeros fuera de la Unión Europea.	209
III.1)	Países europeos que no pertenecen a la Unión.	209
III.1.a)	Noruega.	210
III.1.b)	Islandia.	211
III.1.c)	Liechtenstein.	211
III.1.d)	Suiza.	212
III.2)	Países norteamericanos.	215
III.2.a)	Canadá.	215
III.2.b)	Estados Unidos.	215
III.3)	Países de América Latina.	217
III.3.a)	Países que reconocen derechos políticos a residentes extranjeros en ámbitos superiores al municipal.	218

III.3.b)	Países que reconocen derechos políticos a residentes extranjeros a nivel municipal.	220
III.3.c)	Países que reservan el derecho de sufragio a los nacionales en América Latina.	223
III.4)	Algunos ejemplos de los ámbitos africano, asiático y oceánico.	225
III.4.a)	Nueva Zelanda.	225
III.4.b)	Cabo Verde.	226
III.4.c)	Corea del Sur.	227

CAPÍTULO CUARTO.-

	Los derechos de participación política de los residentes extranjeros en el ordenamiento jurídico español.	229
I)	Los derechos de carácter político distintos al sufragio.	233
I.1)	Derechos de reunión y manifestación.	235
I.2)	Derecho de asociación.	239
I.3)	La iniciativa legislativa popular y el referéndum.	241
I.4)	Derechos de sindicación y huelga.	245
I.5)	Derecho de petición.	249
I.6)	Otros derechos de participación distintos al sufragio en el ámbito estatal y autonómico.	253
I.7)	Otros derechos de participación distintos al sufragio en el ámbito local.	255
II)	El derecho de sufragio.	257
II.1)	Sufragio, soberanía y pueblo en el ordenamiento constitucional.	257
II.1.a)	La reforma del art. 13.2 CE y la DTC 1/1992, de 1 de julio.	259
II.1.b)	El “pueblo español” como titular de la soberanía.	262
II.1.c)	Participación política y derecho de sufragio de los extranjeros en el Estatuto de Autonomía de Andalucía.	265

II.2)	Condiciones de ejercicio del derecho de sufragio por los residentes extranjeros en España.	267
II.2.a)	El criterio de reciprocidad exigido por el art. 13.2 de la Constitución española.	267
II.2.b)	Requisitos procesales y administrativos.	270
II.3)	Propuestas parlamentarias para la ampliación del acceso al derecho de sufragio de los residentes extranjeros y el informe del Consejo de Estado de 24 de febrero de 2009.	281
II.3.a)	Proposiciones no de ley.	281
II.3.b)	Proposiciones de ley orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros en España.	285
II.3.c)	Informe del Consejo de Estado sobre “Propuestas de modificación del régimen electoral general”, de 24 de febrero de 2009.	287
II.4)	Un análisis de los nuevos instrumentos internacionales suscritos por España para el reconocimiento del derecho de sufragio a residentes extranjeros nacionales de determinados países.	291
II.4.a)	Los primeros antecedentes: los tratados de los años ochenta y noventa.	291
II.4.b)	El nuevo proceso de suscripción de tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad. ..	295
III)	Los residentes extranjeros en el sistema de partidos español.	303

CAPÍTULO QUINTO.-

	La construcción de una ciudadanía inclusiva: el reconocimiento pleno de la dimensión política de los residentes extranjeros.	311
I)	Planteamiento inicial.	313
I.1)	Valoración de las principales propuestas de revisión del concepto de ciudadanía.	313

I.2)	Hacia una ciudadanía inclusiva.	319
II)	Exigencias de la ciudadanía inclusiva en el ámbito supranacional.	327
II.1)	La dignidad humana como herramienta para la verdadera universalización de los Derechos Humanos.	329
II.2)	La democratización de las instituciones internacionales. ...	335
II.3)	La apertura de la Justicia internacional a la ciudadanía global.	341
III)	Presupuestos cívicos de la ciudadanía inclusiva en el ordenamiento jurídico interno.	347
III.1)	El principio de igualdad como presupuesto de la ciudadanía inclusiva.	355
III.2)	La superación de restricciones de derechos fundamentales de residentes extranjeros incompatibles con una sociedad democrática avanzada.	363
III.3)	La educación en valores cívicos como factor estructural en la construcción de una nueva ciudadanía.	367
III.4)	Ciudadanía y diversidad cultural: la gestión político-jurídica de las diferencias.	375
	III.4.a) Gestión político-jurídica de la diversidad.	375
	III.4.b) Los límites de la diversidad cultural.	379
IV)	La universalización de la participación política.	385
IV.1)	La extensión de los derechos políticos de la ciudadanía europea a todos los residentes en la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad.	389
IV.2)	La participación política universal como requisito indispensable para la ciudadanía inclusiva en el ordenamiento jurídico español.	395
	IV.2.a) Propuestas de reforma para la ampliación del derecho de sufragio a todos los residentes extranjeros en España.	397

- Nivel municipal.	399
- Niveles autonómico y estatal.	407
- Cuestiones formales vinculadas a la ampliación de los derechos de sufragio de los residentes extranjeros.	413
- Los residentes extranjeros y la creación de partidos políticos.	416
IV.2.b) Otros derechos políticos.	418
CONCLUSIONES.	421
BIBLIOGRAFÍA.	429
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.	443
FUENTES ELECTRÓNICAS DE DERECHO COMPARADO.	449
ANEXO DOCUMENTAL.	459

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN.

En la decisión de elegir el objeto de estudio de la presente tesis doctoral han intervenido factores de carácter general y de carácter personal. Entre los primeros sobresale la cuestión de cómo afrontan los retos que les plantean la globalización y sus fenómenos asociados las dos estructuras fundamentales del sistema político-jurídico occidental, la ciudadanía y el Estado-nación, cuestión que se ha convertido en uno de los principales focos de atención de la Filosofía política y del Derecho Constitucional. En el primer capítulo trataremos de situar esos desafíos, apuntando algunas de las propuestas surgidas desde la doctrina científica para dar respuesta a los mismos.

Sin embargo, los factores personales han tenido un mayor peso a la hora de determinar que la línea de investigación desarrollada se haya centrado en la dimensión política de los residentes extranjeros como elemento esencial en la construcción de un nuevo concepto de ciudadanía inclusiva. Desde el año 2004 formo parte del área de inmigración de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), colectivo de la sociedad civil que desde su creación a principios de los 90 se ha destacado, entre otros ámbitos de actuación, por una decidida defensa de los derechos fundamentales de las personas migrantes. A partir del año 2006 la APDHA realiza una apuesta estratégica por la reivindicación de la ciudadanía como vía jurídica-política para el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes en España y la Unión Europea, haciendo un especial hincapié en su participación política. Para la consecución de esos objetivos se inició una labor de sensibilización social e incidencia política, tanto de forma individual como en red con otras organizaciones en la plataforma “Todos iguales, todos ciudadanos”, que sigue plenamente activa en la actualidad. Mis compañeros de la APDHA tuvieron la amabilidad de confiarme la coordinación del trabajo de la entidad en esta materia.

Mediante la actuación descrita en el campo de la sociedad civil, se fue consolidando un posicionamiento político-ideológico fundamentado en la reivindicación de los derechos de participación de las personas extranjeras como medio para el pleno reconocimiento de su condición de ciudadanas, y como consecuencia de ello, la construcción de una ciudadanía que incluya a todos los miembros efectivos de la comunidad sociopolítica. Partiendo de este planteamiento, se sintió la necesidad de profundizar desde la perspectiva de la ciencia jurídica para dotar de una mayor solidez a las conclusiones a las que se habían llegado en la labor de sensibilización e incidencia.

Por lo anterior, se iniciaron los estudios encaminados a la obtención del Diploma de Estudios Avanzados (DEA), que culminaron en septiembre de 2008 con la obtención de la suficiencia investigadora mediante la defensa del trabajo titulado “La ciudadanía en la era de la globalización: el reto de la inclusión”. A este trabajo le fue concedido en diciembre de 2008 el VII premio de investigación jurídica para la prevención, rehabilitación, integración social o promoción de las personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes y refugiados, en el marco de la convocatoria anual de premios que realiza la Fundación Aequitas (Consejo General del Notariado de España). También fue publicado en forma de monografía por la editorial universitaria “Ramón Areces” en 2009 y ha supuesto el punto de partida de la tesis doctoral que se expone en estas líneas. Otras de las consecuencias de la incursión en el ámbito de la ciencia jurídica ha sido mi incorporación como profesor asociado al Área de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público y Económico de la Universidad de Córdoba.

La trayectoria descrita ha determinado que la metodología utilizada en la presente línea de investigación haya estado marcada por su origen en un trabajo desarrollado en el ámbito de la sociedad civil. Como podrá comprobarse a lo largo de las siguientes páginas, las fuentes manejadas van más allá de las tradicionales de la investigación jurídica (doctrina, jurisprudencia y normas sustantivas), recurriéndose a elementos obtenidos de la acción directa de incidencia política, del trabajo de investigación social de organizaciones no gubernamentales, de herramientas de

áreas de conocimiento no estrictamente jurídicas.... Por supuesto, se ha realizado un especial esfuerzo para que la heterogeneidad de recursos metodológicos utilizados no fuera en ningún momento en detrimento del rigor científico que debe presidir una tesis doctoral, entendiendo a nuestro juicio que dicho objetivo se ha conseguido de una forma satisfactoria. Una de las aspiraciones que han presidido este trabajo es que no se limitara a un mero ejercicio teórico de análisis y propuestas desconectado de la realidad social, para lo que se ha intentado en todo momento que el impacto efectivo sobre las situaciones y colectivos afectados por la propuestas político-jurídicas realizadas siempre estuviera presente. En este sentido, el papel instrumental del Derecho como herramienta para la aplicación de distintas opciones políticas de organización social ha sido uno de los ejes transversales de nuestro discurso.

De esta manera, pretendemos que el esfuerzo de investigación realizado sirva al menos para aportar nuevos elementos de reflexión y debate en la consecución del objetivo de una ciudadanía inclusiva adaptada a los retos de la globalización, aportaciones que deseamos que se caractericen por una perspectiva distinta especialmente imbricada en la realidad social.

CAPÍTULO PRIMERO.- LA CIUDADANÍA EN LA
ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: LA CRISIS DE SU
VINCULACIÓN CON LA NACIONALIDAD Y DEL PAPEL
HEGEMÓNICO DEL ESTADO-NACIÓN.

I) GLOBALIZACIÓN Y MOVIMIENTOS MIGRATORIOS. DESAFÍOS PARA EL ESTADO-NACIÓN Y PARA EL CONCEPTO LIBERAL DE CIUDADANÍA.

Vivimos un momento de “transición paradigmática”¹ que pone en cuestión el modelo social, político, jurídico y económico imperante en el mundo occidental desde la Revolución francesa (con las lógicas mutaciones provocadas por el devenir histórico), y que algunos “visionarios de la posmodernidad” anunciaron como triunfante y eterno tras la caída del bloque llamado socialista. El fenómeno conocido por globalización, que podríamos definir como integral y transversal por su repercusión en todos los ámbitos de la sociedad contemporánea, ha hecho tambalear toda esa estructura.

La fundamentos ideológicos, políticos y económicos que impulsan el proceso globalizador desde finales de los años setenta hasta la actualidad se han condensado en lo que ha venido a denominarse como “neoliberalismo”. Éste no se aleja realmente de los pilares básicos del capitalismo clásico. Su aportación novedosa reside en la radicalidad con que aplica los principios del liberalismo. Por lo anterior, hay quien califica a esta corriente como un verdadero “fundamentalismo político-económico”². El actual contexto de crisis a escala mundial es muy revelador de la capacidad de penetración a todos los niveles del conocido como pensamiento único que ha logrado asentar la globalización neoliberal. Hubo un primer momento de perplejidad tras el colapso de entidades de primer orden de los mercados financieros internacionales durante los últimos meses del año 2008, con sus graves consecuencias en la economía no financiera. En el desconcierto político inicial se

¹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura; *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Desclée. Bilbao, 2003, pp. 13 y ss.

² FARIÑAS DULCE, María José; “Mercado sin ciudadanía”, en VVAA; *La inclusión del otro: Más allá de la tolerancia*. Biblioteca de Ensayo. Córdoba, 2007, pp. 227 y ss.

llegaron a realizar algunas tímidas propuestas para establecer unos mínimos medios de control frente a la especulación financiera, que se había desbordado gracias a la intensa desregularización de los mercados promovidos por los postulados neoliberales. Sin embargo, las medidas adoptadas frente a la crisis por los principales gobiernos nacionales e instituciones transnacionales que finalmente se han generalizado se mueven en los parámetros más ortodoxos del neoliberalismo, destacando sobremanera las políticas de control del déficit público a través de una reducción drástica del gasto público que está afectando especialmente a partidas presupuestarias de carácter social³.

Y un ejemplo destacado de lo anterior son las reformas jurídicas y económicas para paliar los efectos de la crisis del Gobierno de España, sostenido en ese momento por un partido político que, al menos nominalmente, se movía en los parámetros ideológicos de la socialdemocracia⁴.

Los principios neoliberales extienden su influencia sobre todas las construcciones jurídico-políticas fundamentales. De esta manera, ya desde mediados del siglo XX sectores de la doctrina del pensamiento político precursores del neoliberalismo afirmaban que la democracia es un simple sistema formal donde los partidos políticos compiten entre sí en el mercado de votos como si de empresas se trataran, con independencia del nivel y calidad de la participación que en el mismo se produzca. Para esta línea doctrinal la política sería un mal necesario para el correcto funcionamiento del espacio privado (familia y mercado), que es donde se desarrolla realmente el individuo. Si hay una escasa participación ciudadana es porque no se considera necesaria al cumplir la política

³ Que curiosamente coinciden en gran medida con las recetas impuestas por los "Planes de Ajuste Estructural" a los países empobrecidos en la década de los ochenta para poder acceder a la financiación del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, con las desastrosas consecuencias que conllevaron desde el punto de vista del desarrollo humano para los sectores sociales más deprimidos de estos países.

⁴ Recortes de derechos sociales y laborales que comenzaron con el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE nº126 de 24 de mayo de 2010) y el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE nº147 de 17 de junio de 2010) y que han culminado con la reforma del art. 135 CE para introducir un límite máximo al déficit y endeudamiento público (BOE Nº233 de 27 de septiembre de 2011).

correctamente su papel⁵. Incluso se llega a definir a la democracia como “protección del hombre de mercado”⁶. En la misma línea transitan quienes proponen un modelo neocorporativo de democracia, donde los partidos políticos ceden protagonismo a los poderes fácticos económicos y sociales, que pactan la solución de las posibles controversias bajo un arbitraje del Estado presidido por el principio de mínima intervención pública.

Una de las consecuencias de la descrita “mercantilización” del sistema democrático que ha confirmado la consolidación de las sociedades de la globalización es la creciente prevalencia de la condición de consumidor respecto a la de ciudadano: la progresiva privatización del espacio público acaba transformando los derechos de ciudadanía en derechos del consumidor, por lo que la existencia sociopolítica y la correlativa titularidad de los derechos vendrá determinada por la capacidad de consumir, es decir, por el status económico. La desigualdad se torna directamente en exclusión de personas, grupos sociales e incluso pueblos enteros. Y la desigualdad se establece como una jerarquía ideológica e incluso se consolida un proceso de criminalización de la pobreza al servicio de esta jerarquía⁷.

Lo expuesto apunta a que el proceso globalizador socava los cimientos de las dos grandes creaciones político-jurídicas postrevolucionarias: el Estado-nación y la ciudadanía en su acepción clásica, y por ende también los fundamentos tradicionales del constitucionalismo occidental⁸.

El carácter transnacional de las relaciones económicas, políticas e incluso sociales ha relativizado la capacidad de los Estados de controlar aquellos resortes de poder que tradicionalmente monopolizaban. Esa “nebulosa incorpórea” conocida como “los mercados”, las empresas multinacionales, las organizaciones internacionales, los procesos

⁵ SCHUMPETER, J.A. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Orbis. Barcelona, 1983 y BERSON, B. y LAZARDFIELD, P.; *Voting*. Chicago University Press. Chicago, 1954.

⁶ McPHERSON, C.B.; *Democracia liberal y su época*. Alianza. Madrid, 1981, pp. 35 y ss.

⁷ FARIÑAS DULCE, María José; “Mercado sin ciudadanía...” cit.

⁸ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio; “Diversidad cultural y derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Nº16. Noviembre 2007, pp. 48-71.

supranacionales de integración política..., tanto los consolidados como los emergentes, ocupan espacios de decisión que antes eran asignados en exclusiva al Estado-nación. Ante esta realidad, se han levantado voces que ponen en duda la capacidad actual de los Estados individualmente considerados de mantener líneas políticas propias e independientes y, sobre todo, su capacidad para garantizar los derechos fundamentales y las conquistas sociales que sus ciudadanos y ciudadanas alcanzaron tras la 2ª Guerra Mundial, con las grandes declaraciones de derechos y el denominado “Estado del Bienestar”, algo que se está poniendo de manifiesto con especial crudeza en el presente periodo de crisis social y económica. Evidentemente nos referimos a la minoría de Estados-nación “enriquecidos”, ya que en los empobrecidos desgraciadamente tan sólo conocen el “Estado del expolio y saqueo”. Incluso uno de los monopolios estatales por excelencia, el de la coacción física para el mantenimiento del orden legítimo, con el que Max Weber definía al propio Estado-Nación y en el que reside una de las últimas razones de su primigenia creación, se ve comprometido con la asunción de competencias en materia de defensa y del uso de la fuerza militar por organismos internacionales (OTAN, Naciones Unidas...).

Por lo expuesto, el Estado-Nación reacciona y se resiste a abandonar ciertos espacios donde en gran medida continúa teniendo unas competencias casi exclusivas, lo que coadyuva a la aparición de dificultades para la respuesta adecuada de los instrumentos políticos-jurídicos clásicos a los retos de la globalización. Estos espacios serían⁹:

- 1) El control físico del territorio sobre el que ejerce su soberanía. Las migraciones han puesto en confrontación la libre circulación y la soberanía territorial del Estado-nación. El derecho de salir del país propio establecido por el art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no tiene un correlato en el derecho de entrada en otro país. La puesta en cuestión de la primacía del Estado-nación en este ámbito que para algunos sectores han supuesto los movimientos migratorios vinculados a la globalización

⁹ SANZ MORENO, José Antonio; “La nación y los nuevos ciudadanos del Estado democrático”. VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”. Madrid, 2009.

se ha traducido en un reforzamiento de las políticas de migración restrictivas y del control de fronteras.

- 2) Desde una perspectiva ya exclusivamente político-jurídica, el Estado-nación también conserva el monopolio de la determinación del acceso al binomio nacionalidad/ciudadanía, y al bloque de derechos fundamentales a él vinculado. Este elemento será una de las claves sobre las que va a girar la presente tesis doctoral.

Como ya se ha apuntado, el otro pilar de la sociedad contemporánea occidental, el concepto clásico de ciudadanía, también ha entrado en crisis ante la globalización. Esta visión de la ciudadanía despliega toda su dimensión político-jurídica en el ámbito del Estado-nación, y cuando afronta los actuales procesos de integración multinacionales y de transnacionalización de las relaciones sociales, políticas, jurídicas y económicas pierde parte de su fuerza¹⁰. Y más concretamente, son los movimientos migratorios asociados al fenómeno globalizador los que de una forma más intensa desafían a los presupuestos básicos de la concepción clásica de ciudadanía: la homogeneidad étnica, cultural, religiosa y de nacionalidad en el marco del Estado-nación. A esos presupuestos se une que, a pesar de haber perdido la ciudadanía la base teológica del “Antiguo Régimen”, conserva una especie de justificación “trascendente secular”; el súbdito se convierte en ciudadano parte de una nación/todo que trasciende de la mera suma de sus partes¹¹. Y todo ello en un contexto donde, desde la Grecia clásica¹², se ha consolidado la identificación entre ciudadanía y la participación política, algo que se certificó de nuevo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 con su división de los derechos en dos esferas: la del hombre y la del ciudadano, siendo esta segunda esencialmente política.

Asistimos tanto a la ruptura del mito de la homogeneidad cultural y religiosa en el Estado-nación, que nos conduce a una era de las “diferencias

¹⁰ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; “Nacionalidad y ciudadanía. Una aproximación histórico-funcional”. Revista electrónica de Derecho Constitucional nº6. 2005, p. 31.

¹¹ SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit., p. 9

¹² SINCLAIR, Robert K.; Democracia y participación en Atenas. Alianza. Madrid, 1999.

entrelazadas”¹³ donde se exige una vigencia plena del derecho de igualdad como reconocimiento de las diferencias y de la diversidad cultural, como a la puesta en cuestión del tradicional vínculo nacionalidad-ciudadanía que conlleva el fenómeno migratorio. Ese vínculo se reforzó a partir, de nuevo, de la Revolución Francesa a través de la conexión entre los conceptos Estado-nación y soberanía nacional y se ha utilizado como elemento de vertebración de una identidad colectiva en el Estado-nación. De esta manera, se consolida la necesidad de asumir las migraciones como una “res política” que desafía a las democracias estatales clásicas¹⁴. Sin embargo, la consideración de las migraciones como “res política” tiene el serio obstáculo de una verdadera mirada “distópica” que se ha extendido en amplios sectores sociopolíticos respecto a las mismas, su regulación y el reconocimiento de derechos a los migrantes¹⁵. En este sentido es muy interesante una de las motivaciones filosófico-políticas que según Rainer Bauböck¹⁶ subyace bajo la exclusión de los inmigrantes de la ciudadanía, y que alimentaría la resistencia hacia su integración política:

“...(la ciudadanía) no trata sólo de los principios universales de liberalismo y democracia, sino también de la pertenencia a un gobierno particular. Los inmigrantes son diferentes a otros grupos de población que han sido excluidos por razones de clase, género, raza o religión; porque los primeros, no los últimos, se perciben como pertenecientes a un gobierno diferente y con lealtades a otra soberanía».

La quiebra de los citados presupuestos hace patente que una ciudadanía construida bajo los parámetros de los siglos XIX y XX no responde a los retos de las sociedades multiétnicas, pluriconfesionales, multiculturales y plurinacionales del nuevo milenio.

¹³ INNERARITY, Daniel; Ética de la hospitalidad. Península. Barcelona, 2001, p. 147.

¹⁴ LUCAS MARTÍN, Javier de; “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho nº13. 2006, pp. 1 y ss.

¹⁵ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel; “El derecho de sufragio activo y pasivo de los inmigrantes. Una utopía del siglo XXI”. Revista Derechos y Libertades. Nº18. Época II. 2008, p. 109.

¹⁶ BAUBÖCK, Rainer; “Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales”, en AURABELL, Gemma y ZAPATA, Ricard (eds.); Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global. Icaria. Barcelona, 2004, pp. 177-213.

Lo anterior tiene unos efectos muy directos sobre toda la construcción del constitucionalismo occidental: si éste es lo que convierte al individuo en ciudadano, y la igualdad se constituye en su eje fundamental, es evidente que la teoría constitucional necesita una profunda y urgente revisión¹⁷. En esa revisión tiene que jugar un papel esencial la relación entre los conceptos de Derechos Humanos (perteneciente al ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional) y Derechos Fundamentales (más propio del Derecho Constitucional). Tradicionalmente se ha señalado que la principal separación entre Derechos Humanos y Fundamentales está determinada por la vocación de universalidad de los primeros y la circunscripción de los segundos a las fronteras delimitadas por la ciudadanía, la nacionalidad y el Estado-nación. Una convergencia de ambos conceptos es clave en un nuevo constitucionalismo, y en la superación de la frontera que los separa tiene un protagonismo de primer orden una necesaria evolución del concepto de dignidad humana y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁸.

Para completar la comprensión del mundo globalizado, debemos insistir en una de las características del actual orden mundial: la profunda brecha económica, tecnológica, cultural y política que aumenta a pasos agigantados entre los países empobrecidos y los enriquecidos. Como bien señala Stephen Castles, vivimos en un sistema jerárquico de Estados-nación que conlleva una ciudadanía igualmente jerárquica, jerarquías de ciudadanos que se reproducen tanto en las relaciones interestatales como en el propio seno de cada Estado-nación. Este sistema deviene en un verdadero “racismo transnacional”¹⁹, generando unas relaciones de sometimiento / dominación entre Estados, organizaciones internacionales y corporaciones transnacionales, así como una categorización en diferentes niveles de ciudadanía donde unos ciudadanos tienen un reconocimiento y protección de sus derechos

¹⁷ PÉREZ ROYO, Javier; Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons. Madrid, 2005, p. 28.

¹⁸ ESCOBAR ROCA, Guillermo; “Vías constitucionales para la integración social de los inmigrantes”. VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”. Madrid, 2009, p. 6.

¹⁹ CASTLES, Stephen; “Jerarquías de ciudadanía en el marco del orden global”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N°37 (Ciudadanía e inmigración). Granada, 2003, pp. 27 y ss.

fundamentales muy superior al de otros, creándose incluso crecientes bolsas de nuevos “parias” a los que difícilmente se puede calificar siquiera de ciudadanos dada la radical exclusión social, política y jurídica en la que se encuentran. Ejemplo paradigmático de estas nuevas clases de desheredados lo encontramos en los inmigrantes en situación documental irregular en los países enriquecidos.

El aludido “racismo transnacional” nos coloca en el momento presente ante una triste paradoja en el ámbito de la ciudadanía. Por una parte, en los Estados enriquecidos se alzan voces que exigen más a la ciudadanía clásica, respecto de la cual se comienzan a señalar sus “exclusiones”, mientras que en los Estados empobrecidos alcanzar los mínimos de esa ciudadanía clásica es todavía una utopía irrealizable²⁰. Lo expuesto genera un “efecto expulsión” en los países empobrecidos que motiva en gran medida los desplazamientos migratorios que caracterizan a la globalización y que, como hemos señalado, cuestionan el actual sistema institucional, político y jurídico.

²⁰ FARIÑAS DULCE, M^a José; “Mercado sin ciudadanía...” cit.

II) LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CIUDADANÍA INCLUSIVA.

Desde una perspectiva clásica, podríamos definir “ciudadanía” como un concepto jurídico, político y social que determina las relaciones de derechos/deberes de la persona con la organización político-territorial y con el ordenamiento jurídico a los que se haya vinculada por unos nexos de distinta índole (históricos, normativos...). Al hilo de esta definición, es posible afirmar el carácter multidimensional²¹ del concepto, ya que determina un status legal (frente al ordenamiento jurídico), un status político (frente al Estado) y un vínculo de identidad (respecto a la “nación” en su sentido filosófico-histórico). Uniendo estas dos últimas dimensiones política e identitaria, y desde las coordenadas del liberalismo, se considera a la ciudadanía como la “mediadora” entre el Pueblo/Nación y el Estado²².

Partiendo de estas definiciones, durante los siglos XIX y XX se construyó una “teoría de la ciudadanía” en el marco del Estado-nación, que ya desde finales de la pasada centuria comenzó a mostrar evidentes signos de agotamiento por su incapacidad para responder de manera satisfactoria a las necesidades que la nueva “aldea global” pone de manifiesto.

Desde una perspectiva sustantiva, la concepción liberal de ciudadanía, estructurada inicialmente como protección del individuo ante los posibles abusos del Estado, no consigue asumir las nuevas dimensiones de la ciudadanía derivadas de la incipiente construcción de los llamados “derechos fundamentales de tercera generación”: derecho a la paz, al desarrollo y a un medio ambiente adecuado, entre otros, que incorporan una novedosa visión colectiva de los Derechos Humanos. Se encuentran las mismas resistencias, o se podría afirmar que de mayor grado, que

²¹ LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros como elemento de integración de los inmigrantes. Informes Economía y Sociedad, Fundación BBVA. Bilbao, 2008, p.33

²² ZAPATA-BARRERA, Ricard; ob.cit., pp. 175 y ss.

tuvo que afrontar la incorporación de la dimensión social de la ciudadanía que completaba sus vertientes civil y política²³. Ya en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se realizaba la distinción por la cual a todo hombre le correspondían los derechos civiles, que requieren una actitud pasiva del Estado en relación con la esfera privada del individuo, mientras que al ciudadano se le atribuyen también derechos de participación directa o indirecta en la formación de la voluntad de la comunidad política, es decir, en el ejercicio de la soberanía²⁴, que de alguna manera ya exige una actuación estatal más directa. La dimensión social de la ciudadanía tuvo que recorrer un largo camino hasta su consolidación, donde encontró tanto obstáculos ideológicos por la fuerte raigambre liberal decimonónica que arrastraba el concepto de ciudadanía como obstáculos “materiales” por las nuevas obligaciones prestacionales para el Estado que representaba. Y como hemos reiterado, pocas décadas después que el perfil social de la ciudadanía se asentara en Europa occidental, ya se comenzó a cuestionar su viabilidad, algo que se ha acrecentado exponencialmente con la crisis global imperante.

Si en el actual escenario se socavan de las bases de los derechos sociales, los de nueva generación ven en mayor medida estancados los esfuerzos para su afianzamiento, ya que requieren una importante implicación activa y prestacional no sólo de los Estados-nación, sino de instituciones transnacionales, así como la creación de nuevos instrumentos jurídicos igualmente nacionales e internacionales que no figuran ni mucho menos en la agenda de prioridades políticas del momento.

Desde una perspectiva personal, el concepto liberal de ciudadanía no responde a la composición subjetiva de las sociedades del siglo XXI. La quiebra de los presupuestos que determinan el acceso a la ciudadanía provoca que en los Estados-nación enriquecidos se vayan generando capas sociales cada vez más amplias que, sometidas al imperio de estos Estados y sus ordenamientos jurídicos, no ven reconocida su condición ciudadana. Y el grupo social que más directamente sufre esta versión moderna de “apartheid” político y jurídico es la creciente comunidad

²³ MARSHALL, Thomas H.; Ciudadanía y clase social. Alianza. Madrid, 1998.

²⁴ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; “Nacionalidad y ciudadanía...” cit., p.49.

de residentes extranjeros, consecuencia de los movimientos migratorios anudados a la globalización, excluidos de los derechos ciudadanos por carecer de la nacionalidad dominante en el Estado-nación en el que residen. Incluso se ha acuñado un concepto para definir a los residentes extranjeros que viven de forma permanente en un Estado-nación: “denizen”, como oposición al concepto anglosajón “citizen”, poniendo de relieve así su exclusión de la ciudadanía plena, reservada a los nacionales (los verdaderos ciudadanos o “citizens”). La figura de los “denizens” tiene antecedentes ya en el Derecho Romano²⁵, donde los “cives sine suffragio” (ciudadanos sin derecho al voto) ostentaban la ciudadanía romana, pero tenían vetado el ejercicio de los derechos políticos.

Múltiples factores, pero con gran preponderancia las migraciones, han determinado que se generen diversas categorías de ciudadanos con distintos niveles de reconocimiento de derechos, entre ellas los “denizens”, lo que ha determinado un verdadero sistemas de castas/estratificación cívica²⁶. Sobre este concepto de sistema de castas nos extenderemos largamente en estas páginas.

Hay autores que afirman que existe una triple perspectiva respecto al status político-jurídico de las personas inmigrantes²⁷, y que explica en parte su condición de “denizens” y la existencia de la citada “estratificación cívica”:

- 1) La individual: Los derechos que los inmigrantes detentan en su condición de persona, que tiene su fundamento filosófico-político en la dignidad humana y una base jurídica en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 2) La nacional: Vinculada al derecho de cada Estado-nación a regular los flujos migratorios en su territorio y fundamentada en la soberanía estatal.
- 3) La internacional: Condicionada por la existencia de la comunidad

²⁵ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel; ob.cit., p. 118.

²⁶ MORRIS, Lydia; *Managing migration: civic stratification and migrant's rights*. Routledge. Londres, 2002.

²⁷ FERRER PEÑA, Ramón M^o; *Los derechos de los extranjeros*. Tecnos. Madrid, 1989, p. 27

internacional, con sus principios de interrelación entre Estados y de solidaridad internacional que se plasman en el Derecho Internacional.

En este contexto, se puede afirmar que el arraigo de comunidades culturales diferentes asociadas a la inmigración y la incidencia de las migraciones en el proceso de cambio de los Estados implica consecuencias directas respecto al concepto de ciudadanía. Como ya se ha adelantado, la inmigración deja de ser una cuestión exclusivamente socioeconómica adquiriendo un significado político que plantea retos a los conceptos de Estado, soberanía e identidad nacional²⁸.

En este punto es muy apropiado traer a colación un apunte que realiza Javier de Lucas²⁹, ya que relaciona las dos perspectivas de la ciudadanía (objetiva y subjetiva) que estamos analizando en este capítulo. Sostiene que hay que tener en cuenta al inmigrante como sujeto político individual, pero también colectivo. Ello conecta con las nuevas visiones colectivas que los derechos de nueva generación van presentando, y que tímidamente cuestionan la concepción individual estricta de la participación política en el Estado y la democracia liberal y está permitiendo cierta entrada a algunos derechos de un perfil más colectivo (p.ej. de minorías nacionales, indígenas...). Plantea la posibilidad de si esos derechos de perfil colectivo, tanto de identidad cultural como de representación política, podrían ser aplicados también a las comunidades de inmigrantes. Considera que las comunidades de inmigrantes tienen perfiles similares a las minorías nacionales o indígenas, a los que se reconocen en ocasiones derechos de perfil cultural-político colectivos, por lo que no habría que descartar reconocer estos derechos a las comunidades inmigrantes. Esta vía entronca con los posicionamientos de los defensores de la ciudadanía multicultural, a los que posteriormente nos referiremos.

Tras estas reflexiones, cobra singular sentido el siguiente interrogante: la pregunta que nos deberíamos formular no es por qué se le debe dar la plenitud de derechos ciudadanos a estas capas sociales excluidas de la

²⁸ LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros....cit., pp. 37 y ss.

²⁹ LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros.... cit., pp. 43 y ss.

ciudadanía, sino por qué no se le da³⁰.

Incluso se podría señalar una cuestión previa de capital importancia: si los presupuestos de acceso a la ciudadanía sobre los que se construyó su acepción clásica (homogeneidad étnica, cultural, religiosa, de nacionalidad...) fueron reales en algún momento histórico o siempre transitaron en el terreno de los mitos “legalizados”³¹. Optar por un escenario u otro nos lleva a un diagnóstico distinto de la situación actual del concepto de ciudadanía. En el primer caso se aceptaría que efectivamente el sustrato personal de las sociedades para las que se diseñó la ciudadanía liberal era esencialmente homogéneo en todos sus aspectos, siendo ese diseño liberal adecuado para el “pueblo compacto y sin fisuras” del que se partía. De esta manera, sería la globalización y sus fenómenos asociados los que rompieron con la homogeneidad y propiciaron la citada quiebra de los presupuestos de acceso a la ciudadanía. En el segundo escenario, se negaría la existencia, ni siquiera originaria, de un sustrato personal “compacto y sin fisuras”. La homogeneidad se habría constituido como una ficción sustentada jurídicamente que pretendía dar cohesión y legitimidad a los nacientes Estados-nación. Ello explicaría las exclusiones que desde el inicio conllevó el concepto clásico de ciudadanía, situación agravada por el proceso globalizador. Consideramos que esta última alternativa se ajusta con mayor precisión al recorrido histórico del concepto de ciudadanía. Así, a la diversidad endógena, que en realidad existía desde un principio, se uniría la exógena aportada por las migraciones, poniendo en cuestión los mitos de homogeneidad sobre los que se fundaron la identidad nacional y la identificación “etnos-demos”.

Esta realidad reclama un nuevo pacto de ciudadanía que alumbré una renovada concepción de la misma, ya que la ciudadanía es la expresión

³⁰ BASTIDA FREIJEDO, Francisco; Prólogo del libro de ALÁEZ DEL CORRAL, BENITO; Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2006.

³¹ Un ejemplo muy ilustrativo del “mito legalizado” de la homogeneidad de los Estados-nación se produce en la construcción de los Estados federales. En estos casos, la ciudadanía federal ofrece el elemento unificador que no puede ofrecer un etnos nacional-cultural a veces inexistente, para posteriormente impulsar políticamente una identidad cultural e histórica común “mitificada”. En ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía...cit.

de la plena pertenencia del individuo a la comunidad y por ello sólo a través de una ciudadanía plena se puede alcanzar una pertenencia a la comunidad sociopolítica igualmente plena³². Se impone, pues, la construcción de un nuevo modelo de “ciudadanía inclusiva”.

El Derecho, en cuanto sistema de control social, debe desempeñar un papel crucial en los procesos de cambio, integración, equilibrio o conflicto dentro de una sociedad³³, y por ende es uno de los pilares esenciales para la ciudadanía inclusiva. La ausencia de inclusión legal pone en cuestión cualquier intento de integración, aunque es necesario destacar que la erradicación de la exclusión legal es un hito imprescindible, pero no suficiente. El reconocimiento de derechos es una condición previa a la integración, no posterior y graciable³⁴.

La falta de reconocimiento de derechos fundamentales a los extranjeros dificulta el normal ejercicio de su ciudadanía, institucionalizando la exclusión³⁵, lo que conlleva un perjuicio directo sobre las personas migrantes, pero también respecto al conjunto de una sociedad que pretenda ser realmente justa y democrática. Se impone una inserción ciudadana de todos los individuos que conviven en los mismos espacios públicos³⁶.

Nos hemos referido en reiteradas ocasiones al concepto de integración, que se podría afirmar que designa la relación entre las personas inmigrantes y las sociedades e instituciones de acogida, los procesos de inclusión de los inmigrantes y su resultado. También se ha adelantado que, aunque el aspecto jurídico es esencial en la integración de las personas migrantes, ésta es un fenómeno muy complejo que no se puede afrontar exclusivamente como una cuestión normativa; es un fenómeno asimétrico, plural, bidireccional y multidimensional. Un grave obstáculo

³² MARSHALL, Thomas H.; ob.cit.

³³ DÍAZ GARCÍA, Elías; Sociología y Filosofía del Derecho. Taurus. Madrid, 1988, p. 183.

³⁴ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel; ob.cit., p. 74.

³⁵ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España. Universitas Internacional. Madrid, 2008, p. 12.

³⁶ SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit, p. 16.

para un proceso inclusivo integral de la población inmigrante reside en la relación jerárquica entre las políticas de acceso y de integración, lo que determina la subsidiariedad y la vinculación de las segundas a las primeras, fruto de una visión instrumental y policial de las migraciones. Esa visión instrumental y la vinculación de la ciudadanía a la nacionalidad son dos de los principales obstáculos para una integración sociopolítica plena de las personas inmigrantes³⁷.

Por lo expuesto, es imprescindible avanzar en la construcción de un concepto de ciudadanía inclusiva que responda a los requerimientos del principio democrático y la justicia social, pero también a los de la cohesión social, ya que las situaciones de exclusión mantenidas en el tiempo ponen en peligro la armonía y paz social³⁸. El propio art. 10.1 de la Constitución española establece como bases del orden político y la paz social principios clave para la ciudadanía inclusiva: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...*”.

Estamos convencidos de que un nuevo concepto de ciudadanía que facilite el reconocimiento como ciudadanas de pleno derecho a todas las personas que forman parte real y efectiva del sustrato personal de la comunidad sociopolítica constituye un necesario factor de inclusión que beneficia al conjunto de la sociedad. En la consecución de este objetivo es esencial articular políticas de presencia y participación de las capas sociales excluidas³⁹. La visibilidad política es el primer paso de la ruptura con la exclusión social.

³⁷ LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros....cit., pp. 15 y ss.

³⁸ La felicidad individual real y plena sólo es posible en un ámbito de felicidad política, social, colectiva igualmente real y pleno. En MARINA, J. Antonio y VÁLGOMA, María de la; La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política. Anagrama. Madrid, 2000, pp. 253 y ss.

³⁹ SASSEN, Saskia; Contraceografías de la globalización: Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos. Traficantes de Sueños. Madrid, 2003.

III) PROPUESTAS DOCTRINALES DE REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CIUDADANÍA.

III.1) EL PUNTO DE PARTIDA: LA CIUDADANÍA LIBERAL CLÁSICA.

Antes de comenzar a analizar las distintas alternativas que desde la Filosofía del Derecho, las Ciencias Políticas y el Derecho Constitucional se han ido proponiendo frente al concepto clásico de ciudadanía, es imprescindible contextualizar mínimamente que entendemos por “ciudadanía liberal clásica”, bajo los parámetros de su gran precursor: Thomas H. Marshall.

Tras la Segunda Guerra Mundial, Marshall⁴⁰ elaboró un concepto renovado de la ciudadanía desde un punto de vista liberal, que trataba de superar la ciudadanía vigente desde el periodo revolucionario, que había sufrido una seria quiebra con los fascismos de la primera mitad del siglo XX y en la propia contienda mundial. Concibió la ciudadanía como un agregado evolutivo de derechos de diversos ámbitos (sociales, civiles y políticos) que el individuo va obteniendo progresivamente mediante su reconocimiento por el Estado-nación a cuyo ordenamiento jurídico está sometido. Ese Estado-nación queda definido en un territorio de soberanía exclusiva y excluyente.

Aunque la ciudadanía clásica liberal es intencionalmente igualitaria y universalista, en su plasmación política aparecen fuertes restricciones jurídicas e institucionales a ambas aspiraciones. A pesar de la inclusión de la perspectiva social en los derechos vinculados a la ciudadanía y la construcción del conocido como “Estado del Bienestar”, ya en las décadas de “reinado” absoluto de esta teoría, antes de su impugnación por la globalización, se fueron generando capas sociales excluidas por el propio sistema institucional y jurídico⁴¹.

⁴⁰ Teoría que expone en su obra capital, la ya citada Ciudadanía y clase social.

⁴¹ A riesgo de ser reiterativos, no podemos dejar de insistir que debemos enmarcar todas estas reflexiones en lo que se denomina “mundo desarrollado”, básicamente en el radio de influencia occidental, que es en realidad en el ámbito donde se puede debatir si en algún momento han llegado a tener vigencia los derechos sociales vinculados a la ciudadanía, cuál ha sido la virtualidad real de ese “Estado del Bienestar” y si está en peligro. En el resto del planeta, que coincide con una amplia mayoría humana y geográfica, hasta la actualidad

Esta teoría preconizaba la integración cultural, pero a través de la asimilación y la homogenización simple en la cultura dominante. Hay que tener en cuenta que la propia creación del Estado Moderno tiene como base en gran medida la fusión de Estado, cultura y nación, lo que acabó por identificar “demos” y “etnos”, imponiendo la cultura dominante a las propias minorías internas. Sectores doctrinales señalan que siendo éste su proceso de construcción, es difícil defender la pretendida neutralidad cultural del Estado liberal⁴². Esta visión plantea problemas de base evidentes para la gestión de diversidad cultural originaria (endógena), dificultades que se agudizan cuando la diversidad crece exponencialmente con la “aportación exógena” que se produce a través de uno de los fenómenos más característicos de la globalización: las migraciones.

La teoría sobre la ciudadanía clásica y su triple dimensión fue sometida a una fuerte crítica desde la década de los setenta. La grave crisis económica de esos años hizo que se cuestionara las bases y la viabilidad del “Estado del Bienestar” y los primeros atisbos del proceso globalizador apuntaron al vínculo nacionalidad-ciudadanía, generado al establecer la comunidad nacional como único marco de la ciudadanía, y a la superposición persona-ciudadano⁴³. Junto a las dificultades que afronta la ciudadanía clásica frente a estos nuevos retos, desde un inicio el concepto de ciudadanía construido bajo estos parámetros político-jurídicos adolece de serias carencias estructurales⁴⁴:

- 1) Asimilacionismo: Además del implícito empobrecimiento cultural que acompaña una política de integración de la diversidad a través de su subsunción en la cultura mayoritaria dominante, especialmente peligrosos son los instrumentos que normalmente

su única referencia es el “Estado del Expolio” en sus diferentes grados. Quizás sea ciertamente innecesaria esta acotación, pero no deja de dar la sensación al recorrer las diferentes reflexiones doctrinales respecto a la ciudadanía y al Estado-nación que realizan una proyección universal de unos parámetros económicos, políticos, jurídicos y filosóficos que tienen una vigencia en unas regiones del planeta muy determinadas.

⁴² KYMLICKA, Will; “The theory and practice of immigrant multiculturalism”. *Politics in the vernacular nationalism, multiculturalism and citizenship*. Oxford University Press. Oxford, 2001, pp. 152-176.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid, 1999.

⁴⁴ RUBIO CARRACEDO, José; *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Trotta. Madrid, 2007, pp. 67 y ss.

se utilizan para su imposición, que en muchas ocasiones pueden llegar a una verdadera violencia institucional contra el diferente.

- 2) Concepción política pasiva del individuo: se reduce su espacio natural de actuación al de sus derechos individuales, produciéndose una asunción casi absoluta del espacio público y del gobierno de la comunidad política por parte de los representantes indirectos. La intervención directa de los ciudadanos en la vida pública queda reducida a la mínima expresión.
- 3) Anglocentrismo: La universalización de los principios de la filosofía política-jurídica anglosajona que ignora las particularidades de las diversas tradiciones jurídicas, empezando incluso por la propia europea continental, determina inevitables problemas de encaje en las mismas.
- 4) La identificación sin más de ciudadanía y nacionalidad. Rasgo tributario de la influencia anglosajona en esta teoría, ya que la presente identificación es uno de los elementos característicos del constitucionalismo anglosajón, donde el concepto “citizenship” se funde con el de “nationality”, confundiéndose en el primero los contenidos diferenciados que se les había asignado históricamente a ambos términos. Aunque en el constitucionalismo europeo continental nominalmente se mantienen los dos conceptos, es la nacionalidad la que acaba asumiendo las funciones asignadas tradicionalmente tanto a ella misma como a la ciudadanía⁴⁵. Ya se ha reseñado la capital importancia que esta identificación para el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos fundamentales. Y desde luego es uno de los ejes sobre los que giran todos los debates y propuestas doctrinales que se exponen a continuación.

⁴⁵ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; “Nacionalidad y ciudadanía. Una aproximación....” cit., p. 61.

III.2) LA REACCIÓN IDENTITARIA: LA CIUDADANÍA COMUNITARISTA Y NACIONALISTA.

Las raíces del comunitarismo se hunden en el romanticismo y en el nacionalismo de mediados y finales del siglo XIX. Teniendo como vectores los procesos de unificación política en Italia y Alemania, se forjó un entramado ideológico, filosófico y político que tenía como principal característica el ensalzamiento de las identidades culturales, étnicas y nacionales como fundamento de la construcción social, política y jurídica. No se puede desconocer el papel trascendental que la cuestión religiosa ha jugado en la construcción del comunitarismo e incluso de los Estados-nación⁴⁶. Otro de los elementos definitorios del comunitarismo fue la “legendarización” de los avatares históricos de los pueblos y naciones, adornándolos frecuentemente con matices “cuasi- divinizantes”. Y como cierre de seguridad, una obsesión por la unidad y uniformidad como la mejor manera de conservar los valores identitarios.

El comunitarismo y el nacionalismo están viviendo un nuevo periodo de auge con el fenómeno globalizador. Las migraciones, la diversidad étnica y cultural que se hacen manifiestas en lugares donde casi eran desconocidas, los procesos de integración supranacionales... son vistos como serias amenazas en aquellos lugares de fuerte tradición identitaria, especialmente en un contexto de fuerte inestabilidad económica y política como el que vivimos actualmente. Estas circunstancias han provocado que resurjan en estos ámbitos geográficos con mucha fuerza las visiones del orden político y social en general, y de la ciudadanía en particular, donde el mantenimiento de la uniformidad nacional y cultural (y de forma más o menos velada étnica) se destaca como clave para la supervivencia de la comunidad que comparte esa identidad.

⁴⁶ Un claro ejemplo del peso del elemento religioso en la construcción de la identidad nacional y del Estado-nación lo encontramos en los países nórdicos, donde se consolidaron las iglesias nacionales, en las que incluso en nuestros días el monarca simultanea su papel de jefe del Estado con el de “cabeza” de la Iglesia nacional.

En la ciudadanía comunitarista se parte de la cerrada defensa de la identidad cultural colectiva, que se considera como un elemento previo “sine qua non” de la identidad política y, a su vez, es el marco necesario para una verdadera libertad individual, ya que crea las “condiciones sociales de la libertad”⁴⁷. Teniendo como base esa construcción ideológica, era inevitable el choque del comunitarismo con el liberalismo, siendo una de las principales dianas de sus críticas el individualismo de raíz liberal, evidentemente incompatible con las “condiciones sociales de la libertad”.

Bajo nuestro punto de vista, numerosos y variados son los riesgos que encierran las versiones más radicales de estas corrientes ideológicas. Uno de los principales son las tensiones que casi de forma obligada aparecen entre la autonomía individual y el molde comunitarista de la identidad colectiva. La citada obsesión por la uniformidad como forma de supervivencia de la identidad colectiva no es el mejor terreno para facilitar un verdaderamente libre desarrollo de la personalidad del individuo. Algunos autores⁴⁸ reconocen la viabilidad y conveniencia de cierta dimensión colectiva de los derechos de ciudadanía, pero dejando claro que los titulares últimos de la misma son los individuos. Señalan que potenciar en exceso esta dimensión pueden acabar diluyendo los derechos individuales en las comunidades y grupos en los que se integran, por lo que apuestan por una combinación de las visiones liberal, comunitarista y republicana de la ciudadanía. No menos grave es la dificultad para que exista una ciudadanía crítica y activa en un ámbito sociopolítico marcado por la idealización del pasado y del “destino histórico” de la comunidad o nación, y por un presente normalmente impregnado por el temor de la desestabilizante “amenaza exterior” en sus variadas formas.

No se puede dejar de hacer referencia a la capital importancia que tiene en el comunitarismo el concepto de patriotismo, como sentimiento vertebrador de la comunidad. Este valor se considera clave, ya que es lo que impulsa al pueblo a realizar los sacrificios que el bien de la patria demanda. Los patriotismos sobredimensionados suelen tener una gran

⁴⁷ TAYLOR, Charles; Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna. Paidós. Barcelona, 2006.

⁴⁸ Entre otros SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit., pp. 12-13.

facilidad para derivar en nacionalismos excluyentes y etnicistas, y en no menos ocasiones “el momento democrático” queda irremediabilmente subordinado al “momento patriótico”⁴⁹, sobre todo en aquellas situaciones donde “la patria está en peligro”, ya tenga este peligro mayor o menor base real. No faltan ejemplos recientes de cómo derechos fundamentales y libertades democráticas que se creían en algunos países de nuestro entorno como consolidados definitivamente, se han visto conculcados en aras a la protección de la patria en peligro. Como ejemplo jurídico-legal significativo, la conocida como “Patriot Act”, aprobada en los Estados Unidos tras los atentados terroristas acaecidos en este país el once de septiembre de 2001 (y sus “secuelas”, que por desgracia se han multiplicado con profusión en ordenamientos jurídicos occidentales en los últimos años).

Lo que se denomina nacionalismo no es otra cosa que una forma de expresión del comunitarismo. No se puede obviar la importancia que el concepto nación ha tenido en el contexto sociopolítico de la Modernidad postrevolucionaria, llegando a sustituir al de pueblo en la construcción jurídica y constitucional del Estado-nación. Esa importancia del concepto tiene su base en la dimensión “trascendente” que el comunitarismo le otorga. Sin embargo, diversas voces de la doctrina jurídica niegan el carácter trascendente o prejurídico de la nación; afirmando que “*La nación no viene dada; es una creación del Estado y de la ideología nacionalista*”⁵⁰ o cuestionando conceptos como los de identidad nacional:

*“...la identidad nacional es una <<comunidad imaginada>>, creada por quienes defienden un proyecto político a partir de ella...”, aunque “...estos creadores no trabajan en el vacío, sino con materiales dados, preexistentes - ellos sí- que, por tanto, limitan y condicionan la tarea...”*⁵¹

Como se adelantó al inicio de este apartado, el nacionalismo fue un elemento crucial en las creación de los modernos Estados-nación, pero al mismo tiempo ha sido también un elemento distorsionador en esta

⁴⁹ PEÑA ECHEVERRÍA, Francisco J.; La ciudadanía hoy: problemas y propuestas. Publicaciones de la Universidad de Valladolid. Valladolid, 2000, p.177.

⁵⁰ GELLNER, Ernest; Nationalism. Weidenfeld and Nicolson. Londres, 1997, p.8.

⁵¹ ÁLVAREZ JUNCO, José; Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX. Taurus. Madrid, 2001, p. 276.

construcción a través de la cuestión de los “nacionalismos periféricos”⁵². Un rasgo común tanto de los nacionalismos que acabaron teniendo éxito al conseguir constituir su propio Estado-nación, como de aquellos que no pudieron alcanzarlo, es que la liberación y autodeterminación que preconizan tienen como acreedora a la nación y no a los individuos concretos que la componen⁵³. Cabe resaltar que la desconfianza ante los movimientos migratorios y la globalización comunes a todo nacionalismo y comunitarismo tienen una especial incidencia en los nacionalismos periféricos, que al no contar con un entramado institucional soberano propio del que valerse se sienten mucho más amenazados por la diversidad cultural, la integración política supranacional..., ya que consideran que lo anterior hace peligrar la supervivencia de su identidad nacional y de las propias aspiraciones de autodeterminación y soberanía⁵⁴.

Valoramos la reacción identitaria como la peor alternativa posible a la ciudadanía clásica para afrontar los desafíos de la globalización. Simplemente porque propone como solución potenciar al máximo los elementos de la ciudadanía clásica que son cuestionados por la nueva situación política y social.

⁵² Entendiendo por nacionalismos periféricos aquellas comunidades con valores identitarios comunes y con aspiraciones de ostentar su propia soberanía que no lo consiguieron y quedaron encuadradas en otro Estado-nación.

⁵³ PEÑA ECHEVERRÍA, Francisco J.; ob.cit., pp. 94 y ss.

⁵⁴ Para una completa visión sobre las claves del concepto nación en la actualidad ver en SCHNAPPER, Dominique; La comunidad de los ciudadanos: Acerca de la idea moderna de nación. Alianza. Madrid, 2001

III.3) LAS ALTERNATIVAS REFORMISTAS.

Para un importante sector de la doctrina, el recorrido de la concepción clásica de la ciudadanía no está agotado. Admiten por una parte las graves disfunciones que para la misma han supuesto los profundos cambios que ha experimentado la sociedad para la que fue ideada la ciudadanía liberal en un intervalo temporal inopinadamente corto, pero por otra afirman que con las adecuadas reformas, algunas de envergadura, su estructura básica sigue siendo útil.

Estos autores realizan una cerrada defensa de los dos pilares de la ciudadanía clásica. De esta manera, el Estado-nación continúa siendo la mejor herramienta para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Consideran precisamente que la pérdida de peso del Estado-nación ha facilitado la vulneración de los derechos de las personas y los pueblos por parte del fenómeno globalizador⁵⁵. Como consecuencia de esta afirmación, mantienen que ostentar la nacionalidad dominante en un Estado debe seguir siendo la “llave” de acceso a la ciudadanía plena. Sin embargo, estas corrientes doctrinales reconocen que la concepción liberal de ciudadanía clásica en su acepción más ortodoxa ha dejado de responder a las necesidades de las sociedades del nuevo milenio. La creciente presencia estable de residentes de una nacionalidad distinta a la del Estado demanda una respuesta social, política y jurídica.

Es necesario facilitar el acceso a los derechos ciudadanos a estas personas que forman parte de una manera real y efectiva de la comunidad. En aras de conseguir estos objetivos, proponen diferentes vías de reforma y evolución de la ciudadanía clásica.

⁵⁵ RUBIO, Ana y MOYA, Mercedes, RUBIO, Ana y MOYA, Mercedes; “Nacionalidad y ciudadanía. Una relación a debate”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. N°37 (Ciudadanía e inmigración). Granada, 2003, pp. 105 y ss.

III.3.a) La ciudadanía gradual.

A través de este concepto se plantea ir dando acceso a los derechos ciudadanos a los residentes extranjeros en la medida que van teniendo una mayor vinculación con la sociedad y el ordenamiento jurídico del Estado-nación en el que residan. Se distinguen diferentes grados de ciudadanía y a cada uno de ellos se les asignan unos determinados derechos ciudadanos, a los que se va accediendo conforme aumenta el nivel de vinculación⁵⁶.

Se parte de la irremediable necesidad de la utilización del concepto nacionalidad para determinar el sustrato personal (pueblo/nación) que queda sometido al imperio del ordenamiento jurídico del Estado-nación. Sobre todo para diferenciar de forma externa la estructura institucional y jurídica del Estado-nación, es decir, para separar un ordenamiento jurídico nacional del resto. Por supuesto, lo expuesto tiene como base esencial la afirmación del Estado-nación como único ámbito factible de un correcto desarrollo de la ciudadanía y los derechos fundamentales.

La existencia de diversos grados de ciudadanía en el ámbito del Estado-nación no viola el principio de igualdad, reconocido en el caso español en el art. 1.1 de la Constitución, ni el derecho fundamental a la igualdad del art. 14 del propio texto constitucional, viéndose justificada la diferente titularidad de los derechos fundamentales dependiendo del origen nacional, según dispone el art. 13 CE apoyado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 107/1984, de 23 de noviembre y 115/1987, de 7 de julio. Afirma que esta distinción no alberga desigualdad, porque tanto nacional como extranjero cuentan con igual “capacidad jurídica iusfundamental”, lo que significa que ambos tienen la posibilidad de acceder al máximo grado de ciudadanía⁵⁷. Y para el extranjero la puerta para agotar todas las opciones que le ofrece su “capacidad jurídica iusfundamental” será la adquisición de la nacionalidad del Estado-nación en el que resida.

⁵⁶ Benito Aláez del Corral realiza una muy completa exposición y defensa de esta teoría. Ver en ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; *Nacionalidad, ciudadanía...*cit., pp. 195 y ss.

⁵⁷ Una tesis similar en BAUBÖCK, Rainer; *Transnational citizenship*. Edward Elgar, Aldershot, 1994. Defiende una igual capacidad inicial de titularidad de los derechos fundamentales para toda persona, independientemente de cualquier circunstancia social, económica, nacional...

Para que la persona extranjera pueda llevar a término esa “capacidad jurídica iusfundamental”, y por tanto adquirir la ciudadanía plena, es necesaria una cierta asimilación cultural del marco constitucional a través de la nacionalidad, lo que determinará también unos límites a la acomodación intercultural en las nuevas sociedades diversas⁵⁸. Respecto a estos límites se llevará a cabo una posterior reflexión más extensa.

Según esta propuesta doctrinal, los derechos civiles y sociales deben disfrutarse en plenitud desde los primeros grados de ciudadanía, sin que sea necesaria una residencia estable muy prolongada en el tiempo y sin tener que ostentar la nacionalidad del Estado de que se trate. Sí se exigirá poseer un grado de ciudadanía con un mayor nivel de implicación con la comunidad y el Estado para ejercer los derechos de participación política.

Una teoría muy cercana a la expuesta sería la que apuesta por una “ciudadanía gradual multinivel”⁵⁹. Con ella se facilitaría la integración de la población inmigrante a través del respeto a la dignidad de la persona y a los derechos fundamentales inviolables a ella vinculados, por una parte, y a través de la promoción gradual de los derechos civiles, sociales, políticos y culturales de las personas inmigrantes, por otra.

Quienes defienden la ciudadanía gradual diferencian dos ámbitos en los derechos políticos. El primero relacionado con el ámbito local, con las administraciones e instituciones públicas más cercanas a los ciudadanos y a la vida cotidiana. En este espacio se muestran partidarios de abrir la participación política a las personas con una nacionalidad distinta a la dominante en el Estado-nación que tengan una residencia estable, es decir, que puedan participar en las elecciones de ámbito local, y en el caso español también en las autonómicas, tanto desde el sufragio activo como desde el pasivo. Sin embargo, para el segundo nivel de participación política, el referido a los procesos electorales de carácter nacional, será necesario poseer la nacionalidad del Estado, ya que sólo

⁵⁸ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; “Ciudadanía democrática, multiculturalismo e inmigración”. VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”. Madrid, 2009, pp. 13 y ss.

⁵⁹ SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit., pp. 18-19.

la nacionalidad puede otorgar la íntima vinculación con la comunidad y el Estado necesaria en este ámbito. De esta manera no se podría otorgar el mismo grado de participación política a los extranjeros residentes que a los nacionales, ya que los primeros sólo tienen una vinculación territorial con el ordenamiento jurídico del Estado en el que residen, mientras que los segundos están vinculados tanto territorial como personalmente⁶⁰.

La necesidad de ser nacional del Estado-nación de que se trate para participar de forma activa y pasiva en las elecciones a los Parlamentos nacionales residiría en que en la mayoría de los casos a estas instituciones se reservan aquellas competencias que determinan un ejercicio más profundo de la soberanía, es decir, la determinación de los requisitos para ser nacional, el acceso a los derechos fundamentales y la reforma constitucional. En este punto no podemos dejar de señalar los casos de Derecho comparado, ciertamente excepcionales, donde se ha abierto la participación política de los extranjeros en los procesos electorales de ámbito nacional (Irlanda, Gran Bretaña Nueva Zelanda, Chile o Ecuador, p.ej.).

Los deberes aparejados a la ciudadanía estarán afectados respecto a su titularidad por el grado de ciudadanía que se ostente, al igual que los derechos. En el caso específico de España, existen unos deberes que sólo afectan a los españoles, según dispone la Constitución española: el conocimiento del castellano -art. 3.1-, el deber de defender España y el servicio militar -art. 30-, el deber de trabajar -art. 35-..., aunque estos se pueden extender por ley a los extranjeros. Otros afectan a todos los sometidos al ordenamiento jurídico español, sin tener en cuenta la nacionalidad que ostenten: los deberes tributarios -art. 31-, paterno-filiales -art. 39-, lealtad constitucional -art. 9- ...Aunque hay que admitir la existencia de estos deberes diferenciados para nacionales

⁶⁰ LUCIANI, Maximo; "Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali". Actas del congreso Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati. Roma, 1999. Esta afirmación nos plantea serias dudas. El propio Aláez del Corral, al señalar la incongruencia entre el reconocimiento de la ciudadanía plena a los españoles residentes en el extranjero en relación con el escaso grado de reconocimiento de ciudadanía a los extranjeros residentes en España, determina que el planteamiento de Luciani no puede observarse como una realidad indubitada. Es evidente que un nacional que reside de forma permanente en el extranjero, y de forma más acusada, un nacional nacido y residente en país distinto al de la nacionalidad que ostenta, no posee vinculación territorial con éste último; y su vinculación personal se puede valorar ciertamente como bastante limitada.

y extranjeros, lo que da coherencia teórica a la llamada “ciudadanía gradual”, no menos cierto es que el “plus” de deberes que asumen la personas con nacionalidad española transita más por el terreno de lo simbólico que por el de la sujeción real. El único deber que suponía una verdadera obligación práctica adicional para los españoles de sexo masculino respecto a los extranjeros era la prestación del servicio militar o de la correspondiente prestación social sustitutoria. Una vez abolido el servicio militar obligatorio⁶¹, el sostener que un nacional tiene unos deberes ciudadanos sensiblemente más gravosos que un extranjero residente estable sólo se hace sin dificultad en un ámbito teórico-jurídico, encontrando muchos más obstáculos si nos movemos en la realidad social.

El proyecto de ciudadanía europea ha tenido repercusiones en esta línea, al abrir la participación política en las elecciones municipales y europeas, al reconocer la libertad de circulación y residencia y al permitir acceder a los derechos civiles y sociales a los ciudadanos nacionales de Estados miembros en todo el espacio de la Unión Europea, aunque residan en un país distinto al de la nacionalidad que ostentan. Pero, como ya señalaremos, este reconocimiento fragmentario y parcial desde el punto de vista subjetivo ha supuesto una nueva exclusión para los residentes en la Unión Europea con nacionalidad de Estados no miembros.

III.3.b) Ciudadanía basada en una nacionalidad abierta.

En realidad, esta vía es complementaria a la ciudadanía gradual. Comparte con ella la necesidad de abrir el acceso a los derechos civiles y sociales desde los primeros “grados de ciudadanía” y también afirma que es necesario poseer la nacionalidad del Estado-nación de que se trate para el pleno ejercicio de los derechos políticos.

Los defensores de esta teoría señalan la necesidad de ostentar la

⁶¹ A lo que se une, para mayor abundamiento, la posibilidad de acceder a las Fuerzas Armadas profesionales que tienen los extranjeros residentes en España originarios de determinados países con especiales relaciones históricas con España (Ver Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería ·RD 1244/2002, de 29 de noviembre· y el RD 35/2010, de 15 de enero).

nacionalidad del Estado de que se trate para alcanzar el máximo grado de ciudadanía, necesidad que vinculan a las implicaciones del concepto “cultura societal nacional”⁶². Afirman que hay unos cimientos culturales, lingüísticos, históricos... en el sustrato personal de los países, que desde la creación del Estado-nación son inescindibles del concepto nación, y por ende de la nacionalidad.

Sin embargo, contrariamente a lo defendido por esta teoría, hay autores que niegan la propia existencia de un “pueblo”, de un sustrato personal prejurídico, anterior a la constitución del ordenamiento jurídico; el ordenamiento tendría un carácter constitutivo respecto al “pueblo” sometido a su imperio: será la entrada en vigor de la arquitectura jurídico-institucional la que determine y configure el sustrato personal del ordenamiento⁶³.

Consideramos que negar la existencia de una comunidad humana con ciertos lazos históricos y culturales con carácter previo al ordenamiento jurídico es una afirmación que no se compadece con la realidad. Tras toda estructura política y jurídica hay un colectivo de personas con ciertos caracteres comunes anterior a la misma que desde un inicio se consideró como destinatario del ordenamiento jurídico. Que en la decisión de su sujeción a ese ordenamiento sea más o menos democrática, o que en ese sustrato personal puedan incluirse algunos grupos que ciertamente no tengan lazos históricos o culturales con el mayoritario, son cuestiones que no pueden llevar a otorgar al ordenamiento jurídico una capacidad “creadora de pueblos”. Lo que sí compartimos es que ese pueblo prejurídico debe estar alejado de las características monolíticas, etnicistas e inmutables que pueden desprenderse del concepto “pueblo” elaborado en el XIX, más aún teniendo en cuenta que el proceso globalizador mina la idea de las culturas nacionales puras e independientes, que es impugnada por la rápida movilidad de un gran número de personas a través de las fronteras nacionales, cambiando el significado de los límites físicos y culturales nacionales y el propio

⁶² KYMLICKA, Will; *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Oxford University Press. Oxford, 1995.

⁶³ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; *El derecho de voto*. Tecnos. Madrid, 2003, p. 101

espacio social⁶⁴. En este sentido consideramos también un elemento relevante los nuevos espacios públicos y políticos que se han generado gracias a las tecnologías de la comunicación e información. Medios como “internet” permiten el intercambio y difusión de planteamientos culturales, políticos, filosóficos, ideológicos... a escala global, y de una forma que se escapa a las vías institucionales tradicionales. Todavía es pronto para valorar la verdadera dimensión de esta nueva realidad, pero existe consenso en que cuestiona la posibilidad de mantener culturas e identidades nacionales no “contaminadas” por factores exógenos.

La aportación de esta “ciudadanía basada en una nacionalidad más abierta” reside esencialmente en que apuesta por una reforma en los criterios y procesos de adquisición de la nacionalidad que facilite lo máximo posible el acceso a la ciudadanía plena aparejada a la nacionalidad. Es decir, construir un concepto de nacionalidad más inclusivo.

En esta línea, cabe destacar la propuesta de un “nacionalismo cívico” que se confronta al “patriotismo republicano” en el que se basó la concepción clásica-liberal de Estado-nación⁶⁵. Frente a la visión etno-cultural y cerrada de la nacionalidad del “patriotismo republicano”, el “nacionalismo cívico” apuesta por una nacionalidad abierta basada en el principio democrático, la justicia, los Derechos Humanos y la “decencia civil”.

Esta línea doctrinal afirma la importancia histórica de la relación entre nacionalidad, etnos y demos, aunque apostando por la eliminación del carácter étnico y cultural de la nacionalidad, y por lo tanto por su apertura. Eso sí, manteniendo la nacionalidad como puerta de acceso a la ciudadanía plena. Considera que en la Constitución española de 1978 es evidente la presencia y el peso del etnos y el demos a la hora de determinar la nacionalidad (así en artículos constitucionales como el 1, 3, 11, 13, 23, 27, 46...) y que a través del positivismo constitucional se puede alcanzar la desvinculación de la nacionalidad de elementos culturales-históricos, potenciando el demos frente al etnos. De esta

⁶⁴ CASTLES, Stephen; ob. cit., pp. 15 y ss.

⁶⁵ RUBIO, Ana y MOYA, Mercedes; ob. cit., pp. 117 y ss.

manera se refuerza la cohesión y la unidad del pueblo soberano. Existiría una prevalencia del principio democrático respecto al etnos en la Constitución, algo que sin embargo es bastante más discutible en la regulación de la nacionalidad en el Código Civil. Eso sí, la regulación del Código está sometida a los criterios interpretativos de la Constitución, lo que facilita esa tendencia de desvinculación de la nacionalidad del etnos que se puede inferir del texto constitucional⁶⁶.

Ana Rubio y Mercedes Moya apuestan por el concepto de “ciudadanía compleja”, estableciendo, dentro de este concepto, diferencias entre nacionales y residentes. A éstos se les dará un amplio disfrute de derechos fundamentales, pero se mantendrá su distinción clara de los nacionales, ya que no pertenecen al poder constituyente. Es decir, al residente se le seguirá vedando el acceso a parte de los derechos políticos. Para paliar esta circunstancia, señalan la necesidad de facilitar el acceso a la nacionalidad.

Desde la doctrina se ha realizado otras interesantes reflexiones desde una perspectiva política al analizar la flexibilización del acceso a la nacionalidad española como vía de integración cívica de los residentes extranjeros en España. En este sentido hay quien apunta que la condición de Estado plurinacional que tiene España puede generar resistencias a las reformas normativas que deberían llevarse a cabo para la consecución de ese objetivo de flexibilización, aunque la reforma tenga como intencionalidad política principal, o incluso exclusiva, la integración cívico-política de los residentes extranjeros⁶⁷.

Concretando en el Estado español, desde esta teoría se realizan diversas propuestas para la consecución de una nacionalidad más inclusiva y, por tanto, una ciudadanía igualmente más abierta, democrática y justa. En primer lugar, reclaman que la regulación de la nacionalidad sea una materia reservada a ley orgánica, ya que afecta directamente a derechos fundamentales por su condición de llave de la ciudadanía plena. También plantean la necesidad de potenciar el *ius soli* (acceso a la nacionalidad

⁶⁶ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía... cit., pp. 100 y ss.

⁶⁷ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes. La vía del sufragio. Comares. Granada, 2008, pp. 151-152

por haber nacido en territorio español) respecto al *ius sanguinis* (acceso a la nacionalidad por haber nacido de padre o madre española) y reducir los plazos para acceder a la nacionalidad por residencia, sin hacer distinciones por vínculos históricos- culturales entre el Estado español y los países de origen de las personas que deseen adquirir la nacionalidad española⁶⁸. Otros autores señalan la necesidad de eliminar los requisitos de carácter discrecional a la hora de adquirir la nacionalidad española, como los contenidos en el artículo 220.5 del Reglamento del Registro Civil, donde se exige la “adaptación al estilo de vida y las costumbres españolas” como requisito para adquirir la nacionalidad⁶⁹, análogos a los previstos en el artículo 22.4 del Código Civil (“*el interesado deberá justificar... buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española*”).

Muy interesante es la definición jurisprudencial que se ha ido forjando de los citados requisitos subjetivos exigidos para la concesión de la nacionalidad española, que comparten un marcado carácter de conceptos jurídicos indeterminados. Son de especial de interés porque el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo⁷⁰ tratan de establecer unos parámetros para delimitar la discrecionalidad que irremediamente conllevan estos conceptos subjetivos e indeterminados, pero en gran medida lo que vienen a confirmar es el amplio espacio para la valoración no objetiva existente en este ámbito.

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 23 de noviembre de 2005 y de 6 de febrero de 2007 afirman que “*La concesión de la*

⁶⁸ RUBIO, Ana y MOYA, Mercedes; ob. cit., pp. 117 y ss. Coincidiendo con Rubio y Moya, Aláez del Corral también afirma que actualmente la nacionalidad no puede considerarse como un derecho fundamental. Lo anterior se desprende de un mero análisis sistemático del Texto constitucional: los arts. 11 a 13 están fuera de la sección 1ª del capítulo 2º del Título 1º, por lo que no es materia de Ley Orgánica -de hecho se encuentra regulada en el Código Civil-, de recurso de amparo... Por el contrario, las grandes declaraciones internacionales de derechos (art. 15 DUDH, art. 74 PIDCP, art. 7 Convención ONU Derechos del Niño...) sí que construyen un derecho fundamental a la nacionalidad, algo que también ha sido asumido por algunos textos constitucionales de países de nuestro entorno, como es el caso de la Constitución portuguesa en su art. 26. Coincide igualmente en lo deseable que sería este reconocimiento, al ser la nacionalidad la llave de acceso a la ciudadanía plena. ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía... cit., pp. 115 y ss.

⁶⁹ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; “Ciudadanía democrática, multiculturalismo...cit., pp. 21-22

⁷⁰ Ver STC 114/1987 ,de 6 de julio, SSTS (Sala 3ª) de 23 de noviembre de 2005, 6 de febrero de 2007 ó 21 de mayo de 2007 respecto al requisito “buena conducta cívica” y SSTS (Sala 3ª) de 9 de abril de 2007, 16 de septiembre de 2007 y 16 de octubre para el requisito “integración en la sociedad española”.

nacionalidad por residencia es un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado...”, cuestión de crucial importancia tanto como justificación “filosófico-política” de la subjetividad de los requisitos aquí analizados como para otras cuestiones clave en nuestra línea de investigación sobre las que profundizaremos en los siguientes capítulos.

Por otra parte las señaladas sentencias afirman que:

“...no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que “per se” impliquen mala conducta, lo que el art. 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles...”.

Lo anterior conlleva que se le imputa al solicitante de la nacionalidad española la carga de la prueba de la señalada “justificación positiva de su integración”, que lleva aparejada una dificultad de acreditación y una valoración discrecional de la misma considerablemente superior que para la “ausencia de mala conducta”, respecto de la cual sí existen medios de prueba objetivos (como la ausencia de antecedentes penales, por ejemplo).

Y como singularmente significativo debemos calificar el siguiente párrafo de las resoluciones del Tribunal Supremo analizadas:

“El concepto “buena conducta cívica” se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos marcados explícita o implícitamente por el legislador, siendo exigible al sujeto solicitante, a consecuencia del “plus” que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los “actos favorables al administrado”, un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia

específica determinante de la concesión de la nacionalidad española”.

Recopilan estas líneas una cascada de conceptos jurídicos indeterminados y subjetivos que como mínimo nos permite dudar que sean las mejores herramientas para precisamente acotar la discrecionalidad de unos criterios de los que depende nada menos que el acceso a la ciudadanía plena. Y estas cuestiones no constituyen un mero debate teórico-jurídico “bizantino”, sino que tienen consecuencias reales y directas para personas concretas respecto a la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales que se vinculan a la adquisición de la nacionalidad⁷¹.

III.3.c) La ciudadanía neorepublicana.

Realmente esta alternativa no supone ninguna novedad rupturista respecto a la ciudadanía clásica liberal. Su propuesta se basa en revitalizar los antiguos valores republicanos revolucionarios, renovándolos y adaptándolos a las necesidades de la sociedad contemporánea. De esta manera defiende reafirmar la libertad, la igualdad, la justicia, el autogobierno ciudadano, la ciudadanía deliberativa, el control ciudadano del poder, la ciudadanía activa, la virtud pública del ciudadano y la educación del ciudadano desde una perspectiva republicana.

Hannah Arendt, como principal impulsora de esta corriente ya desde finales de los años cincuenta⁷², se replantea el concepto de comunidad

⁷¹ Recientemente ha surgido una fuerte polémica por las preguntas que acostumbran a formular sendos jueces encargados del Registro Civil de Getafe (Madrid) y de San Bartolomé de Tarajana (Las Palmas de Gran Canaria) en los expedientes de adquisición de nacionalidad, con el objeto de comprobar “...el grado de adaptación a la cultura y al estilo de vida españoles...”, tal como prevé el artículo 221 del Reglamento del Registro Civil. Mientras que para el primero es un signo de integración saber “qué ocurrió en España en 1704” o conocer “tres escritores españoles de la posguerra”, para el segundo es importante poder señalar “el nombre de un torero” o describir “quién es Fernando Alonso”. Aunque es posible residenciar estas circunstancias en el terreno de lo anecdótico, por nuestra parte consideramos que son ilustrativas de la puerta abierta a la arbitrariedad que constituyen los conceptos jurídicos indeterminados y de valoración subjetiva en un terreno de tal trascendencia como la adquisición de la nacionalidad. Ver en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/arraigo/vive/estudia/elpepisoc/20100723elpepisoc_1/Tes <http://www.publico.es/espana/331713/nombre/torero/requisito/espanol>

⁷² ARENDT, Hannah; *The human condition*. The University of Chicago Press. Chicago, 1958.

política y apuesta principalmente por la vertiente activa de la ciudadanía. Otorga una importancia crucial a la educación del ciudadano en las virtudes públicas. Estas normas y valores se encuentran en una recepción crítica constante, que los torna abiertos y determinan su evolución dinámica. Dada su apuesta cerrada por una ciudadanía activa, en contraposición a la pasividad hacia la que se empujaba al ciudadano en la concepción liberal clásica, el elemento más característico de la ciudadanía republicana es un alto compromiso con lo público. Este compromiso se debe traducir en una participación lo más directa posible del ciudadano en el gobierno de la comunidad política.

En anteriores páginas se ha indicado que, para algunas corrientes doctrinales con fuerte arraigo en el neoliberalismo, la democracia es un simple sistema formal independiente al nivel y calidad de la participación, siendo la política un mal necesario para el correcto funcionamiento del espacio privado (familia y mercado), que es donde se desarrolla realmente el individuo. Incluso afirman que si hay una escasa participación ciudadana, es porque no se considera necesaria al cumplir la política correctamente su papel.

La “democracia republicana” que impulsa el neorepublicanismo defiende una postura diametralmente opuesta a la anterior. Considera esencial la participación lo más directa posible de la ciudadanía en la organización política de la sociedad, siendo la democracia una forma de vida que requiere la total implicación de los ciudadanos⁷³.

A pesar de que se pueden valorar muy positivamente algunas de las aportaciones de esta corriente doctrinal, como son la necesidad de crear una ciudadanía verdaderamente activa y la importancia de la educación en unos valores cívicos en permanente revisión, coincidimos en algunas de las críticas vertidas respecto del neorepublicanismo⁷⁴. En primer lugar, no supone una verdadera alternativa a las quiebras que para la ciudadanía clásica ha supuesto la globalización y todas sus implicaciones,

⁷³ OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis y GORGONELLA, Roberto; *Nuevas ideas republicanas*. Paidós. Barcelona, 2004.

⁷⁴ RUBIO CARRACEDO, José; ob. cit., pp. 90 y ss.

aunque quizás esto tenga su justificación en el hecho de que cuanto se sentaron las bases de esta corriente doctrinal todavía no se habían hecho patentes los principales desafíos que conlleva la globalización⁷⁵. De esta manera choca principalmente con las exigencias de las sociedades plurinacionales, multiétnicas y multiculturales, ya que insiste en la idea liberal clásica de integración a través de la homogenización en la cultura dominante. La importancia esencial que otorga el neorepublicanismo al patriotismo hace que se acerque en algunos planteamientos a los excesos del comunitarismo.

Dejando a un lado al neorepublicanismo, hay que reconocer que la combinación de la ciudadanía gradual y de la nacionalidad abierta ofrece una alternativa a la ciudadanía liberal clásica que ayuda a superar limitaciones de ésta, aunque siempre dentro de los parámetros de la nacionalidad y el Estado-nación.

Sin embargo desde otras coordenadas filosóficas/jurídicas lo que se cuestiona son esos propios parámetros Estado-nación y nacionalidad, respecto de los cuales proponen directamente su superación o, cuando menos, una impugnación de su configuración clásica⁷⁶ de tal calibre que se podría asimilar a su superación. Concluimos este recorrido doctrinal por la ciudadanía, sus retos y alternativas acercándonos a ellas.

⁷⁵ Una perspectiva actual del republicanismo en PETIT, Philip; Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno. Paidós. Barcelona, 1999.

⁷⁶ En esta línea, Ibáñez Macías afirma que el concepto de ciudadanía “en general”, desde la perspectiva jurídica, no está en crisis, sino que es uno de sus elementos el que se cuestiona: el vínculo de la nacionalidad. IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; El derecho de sufragio de los extranjeros. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Dykinson, 2009, p.33.

III.4) LAS ALTERNATIVAS RUPTURISTAS. LA SUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD Y DEL ESTADO- NACIÓN COMO MARCO JURÍDICO-POLÍTICO DE LA CIUDADANÍA.

III.4.a) La ciudadanía basada en la residencia.

Los defensores de la ciudadanía de residencia, aunque también plantean evidentes objeciones al Estado-nación, centran su tesis en la superación de la nacionalidad como llave de acceso a la ciudadanía plena.

En este sentido, Javier de Lucas propone desnacionalizar la ciudadanía separando etnos y demos, apostando por una ciudadanía social y efectiva donde se fomente la participación de los extranjeros residentes en las diferentes esferas de la vida social, sin renunciar a su cultura de origen. Para ello es necesario anclar el acceso a la ciudadanía plena en la residencia estable, es decir, que cualquier persona que resida durante un espacio de tiempo razonablemente prolongado en un Estado debe tener acceso a todos los derechos civiles, sociales y políticos vinculados a la ciudadanía, sin estar obligado a adquirir la nacionalidad del Estado-nación en el que resida⁷⁷. En la misma línea, consideramos reseñable la siguiente definición de ciudadanía de residencia:

“En puros términos de democracia, la ciudadanía se identifica así con la aceptación de las reglas que gobiernan una determinada sociedad; es esta aceptación, expresada a través de la residencia, la que convierte a un individuo, rtomado en abstracto, en ciudadano”⁷⁸.

De esta manera la ciudadanía de residencia sería una abstracción jurídica que acerca pueblo gobernante y gobernado y que se constituye

⁷⁷ LUCAS MARTÍN, Javier de; “La ciudadanía basada en la residencia...cit., p. 34.

⁷⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ob.cit., pp. 63 y ss.

como la última consecuencia de la igualdad formal en el sistema democrático.

Se propone avanzar en un proceso de “territorialización de los derechos”⁷⁹, por el que la titularidad de los derechos quede vinculada al territorio en el sentido de que disfruten de la misma en plenitud las personas que cumplan con el “requisito” de la residencia estable en ese lugar, independientemente de la nacionalidad que ostenten.

Hay que señalar que las herramientas jurídicas necesarias para la implantación de un concepto de ciudadanía vinculado a la residencia no son desconocidas en el ordenamiento jurídico español: los criterios utilizados en los estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas para asignar los derechos de ciudadanía en su ámbito son los que constituyen la base de la ciudadanía de residencia⁸⁰. A título de ejemplo podemos señalar el art 5.1 del nuevo Estatuto andaluz (LO 2/2007), que determina la condición de andaluz/andaluza:

“A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces o andaluzas los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.”

Aunque comienza con la acotación de que sólo pueden ser andaluzas las personas que tenga nacionalidad española, dentro de ellas se aplican estrictamente los postulados de esta teoría: se vinculan los derechos reconocidos en el Estatuto al simple hecho de la residencia (vecindad administrativa).

La ciudadanía de residencia tendría un proceso de implantación gradual. Centrándonos en el ámbito español, se comenzaría implantando en el nivel local a través del concepto de vecindad, se continuaría en el autonómico, para culminar en el nivel nacional. Este planteamiento es radicalmente distinto al de la descrita ciudadanía gradual, ya que en ella los grados de ciudadanía son estáticos y con vocación de permanencia en

⁷⁹ BRUBAKER, Rogers; *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. Harvard University Press. Cambridge, 1992.

⁸⁰ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; *Nacionalidad, ciudadanía...* cit., p. 92

el tiempo, mientras que en esta visión de la ciudadanía de residencia los diferentes niveles de derechos que irían siendo asignados a la residencia estable son fases temporales de un proceso, que culminaría en una ciudadanía plena desvinculada del origen nacional, no existiendo grados intermedios ni distintos niveles de derechos ciudadanos. Se considera que a través de la ciudadanía de residencia se superarían las raíces etno-culturales del modelo liberal de ciudadanía⁸¹.

Otro de los elementos relevantes en la presente teoría es la afirmación de una dimensión multilateral de la ciudadanía⁸², que aparece en gran medida por la quiebra del pretendidamente inmutable principio de la ciudadanía “estadocéntrica” y homogénea, siendo un factor clave de esta quiebra las comunidades transnacionales que se generan como consecuencia de los flujos migratorios⁸³.

Este sector doctrinal considera que la “ciudadanía multilateral” tiene una doble acepción: una con un espíritu más cosmopolita y transnacional (la vinculada a las comunidades transnacionales) y otra que apunta al descrito carácter gradual de la ciudadanía de residencia. En este segundo aspecto le da un papel esencial al concepto de vecindad y al ámbito local porque:

- 1) Es el primer espacio de integración de la población inmigrante en la sociedad de acogida.
- 2) Es el ámbito donde a nivel estatal e internacional (sobre todo en la Unión Europea) se está empezando a reconocer jurídicamente la participación política de los residentes extranjeros.
- 3) Las iniciativas más novedosas de democracia participativa o directa alternativa a la representativa tradicional se están dando en las instituciones locales.

Defiende el mero hecho de la residencia estable como único criterio de acceso a los derechos ciudadanos. Rechaza los “test de patriotismo”,

81 LUCAS MARTÍN, Javier de; “La ciudadanía basada en la residencia y...cit., p. 37.

82 LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros.... cit., pp. 41 y ss.

83 Entendiendo como “comunidad transnacional” al conjunto de relaciones sociales, económicas y políticas que se generan entre la población inmigrante de los países de acogida y sus familias, sociedad civil, instituciones... de los respectivos países de origen.

“juramentos de lealtad” o similares a lo que se someten a las personas extranjeras que van a acceder a la nacionalidad o a ciertos derechos políticos en algunos Estados (p.ej. en Dinamarca, Austria, Estados Unidos...), para comprobar que están suficientemente integrados en la lengua, valores y cultura de la sociedad de acogida. El motivo de no aceptar este tipo de procedimientos reside, en primer lugar, en el convencimiento de que los procesos de integración deben iniciarse con el reconocimiento de derechos, facilitando precisamente este reconocimiento las condiciones para la integración, y no al contrario⁸⁴. La ciudadanía no es la culminación de la integración, sino que es el punto de partida que permite que ésta se lleve a la práctica⁸⁵. Por otra parte, considera que sería una discriminación sin fundamento respecto a los ciudadanos que ostentan la nacionalidad del Estado. Además, con casi total seguridad, serían sorprendentes desde una perspectiva negativa, los resultados de someter a un posible “examen de ciudadanía e integración sociopolítica” a los ciudadanos con la nacionalidad del Estado⁸⁶.

Quisiéramos destacar la propuesta de Javier de Lucas de una “ciudadanía de calidad” para facilitar la integración y la convivencia multicultural. La creación de unas condiciones sociales, económicas y de participación política adecuadas para todos los ciudadanos, independientemente de su origen nacional, va a facilitar que los ciudadanos que provienen de otros lugares y culturas no sean percibidos por la sociedad de acogida como una posible amenaza para su nivel socioeconómico y valores culturales. Además, unas condiciones de vida dignas y adecuadas son esenciales para que la población inmigrante pueda llevar a cabo proyectos de arraigo que rompan con el confinamiento al ámbito privado y se abran al espacio público de participación sociopolítica⁸⁷.

⁸⁴ LUCAS MARTÍN, Javier de; “Inmigración y ciudadanía: Visibilidad, presencia, pertenencia... cit.

⁸⁵ LATORRE, Massimo; *Cittadinanza e ordine político. Diritti, crisi della sovranità e esfera pública: Una prospettiva europea*. Torino, 2004, p. 50.

⁸⁶ En el caso de España, si se sometiera a los nacionales españoles a un test para el ejercicio de los derechos políticos que incluyera cuestiones similares a las formuladas por el referido juez madrileño en expedientes de adquisición de nacionalidad española, no sería aventurado intuir que el censo electoral quedaría drásticamente reducido...

⁸⁷ Desde un punto de vista general respecto al concepto de ciudadanía, ya Marshall afirmó la interdependencia entre el reconocimiento de los derechos sociales y el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos

Una ciudadanía de calidad para todos permitirá que los ciudadanos con una nacionalidad diferente a la del Estado en el que residen dejen de ser objeto de políticas de inmigración específicas y “ad hoc” y se apueste por políticas de ciudadanía generales dirigidas a todos que generen los espacios, condiciones y herramientas para una convivencia social, económica y política satisfactoria⁸⁸. No se trata de la integración de los inmigrantes, sino de la integración política de todos en un nuevo marco sociopolítico determinado, entre otras muchas circunstancias, por la inmigración⁸⁹.

En el fondo, lo expuesto se relaciona con el deber de reconocer el “derecho a la existencia” a todo ciudadano, para lo que es fundamental un reconocimiento de los derechos sociales y económicos, ya que sin ellos los derechos civiles y políticos pueden perder virtualidad real. Por razones obvias, esta cuestión tiene una especial importancia para los ciudadanos que provienen de la inmigración⁹⁰.

En este punto es pertinente poner de relieve de nuevo la incongruencia⁹¹ que desde la perspectiva de la justicia material supone el reconocimiento de la ciudadanía plena a los nacionales residentes en el extranjero (y más aún a aquéllos que no sólo residen, sino que también han nacido fuera de las fronteras del país de cuya nacionalidad ostentan) en relación con la ausencia de reconocimiento de una ciudadanía igualmente plena a los residentes extranjeros⁹². La “ciudadanía de residencia” trata de erradicar este tipo de agravios comparativos en la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales.

Otros autores comparten la apuesta por una ciudadanía basada en la residencia, ya que, según su punto de vista, en realidad se trataría

políticos.

⁸⁸ LUCAS MARTÍN, Javier de; “La ciudadanía basada en la residencia y...” cit., pp. 50 y ss.

⁸⁹ PHILLIPS, Anne; *The politics of presence*. Oxford University Press. Oxford, 1995.

⁹⁰ AGUIAR, Fernando; “Tolerancia, intolerancia y libertad: Una perspectiva republicana”, en *VVAA; La inclusión del otro. Más allá de la Tolerancia*. Biblioteca de Ensayo. Córdoba, 2007, pp. 112 y ss.

⁹¹ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; *Nacionalidad, ciudadanía... cit.*, pp. 151 y ss.

⁹² Más adelante analizaremos las últimas reformas legislativas en el ordenamiento español que afectan directamente a esta circunstancia.

simplemente de ampliar la base subjetiva de los derechos políticos, sin que ello conlleve una subversión del orden político mundial o la desaparición de las fronteras de los Estados⁹³. Es decir, consideran que la “ciudadanía de residencia” se situaría más entre las alternativas “reformistas” de la ciudadanía liberal clásica que entre las “rupturistas”, y por ende asumir sus postulados no debería generar grandes resistencias políticas y jurídicas. Compartiendo algunos aspectos de esta afirmación, discrepamos en ciertos matices que desarrollaremos en el capítulo de conclusiones.

III.4.b) La ciudadanía multicultural.

Al igual que en la ciudadanía de residencia, en esta opción se cuestiona principalmente la estructura de la ciudadanía clásica liberal. Sin embargo, mientras que en la primera la impugnación se centra en que el vínculo de acceso a los derechos ciudadanos sea exclusivamente la nacionalidad, proponiendo como alternativa la residencia estable, en la ciudadanía multicultural lo que en esencia se ataca es el propio contenido y configuración de los derechos de ciudadanía, aunque también pueda compartir postulados de la ciudadanía de residencia.

Esta propuesta doctrinal mantiene que toda sociedad está compuesta por diversos grupos con características propias y que a cada uno de ellos se le debe otorgar unos derechos ciudadanos adaptados a su identidad colectiva⁹⁴. Afirman que esta forma de construir ciudadanía está especialmente indicada para las sociedades multiculturales que han emergido con más fuerza que nunca en la últimas décadas como consecuencia del proceso globalizador.

De esta manera, el principal impulsor de esta corriente, Will Kymlicka, distingue tres clases de grupos sociales con tres clases de derechos de grupo⁹⁵:

⁹³ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel; ob.cit., p. 99.

⁹⁴ Una valoración del papel de la identidad y de los grupos sociales que se vertebran a través de ella en el sistema democrático en GUTMANN, Amy; *La identidad en democracia*. Katz. Madrid, 2008.

⁹⁵ KYMLICKA, W. y NORMAN W.; “Returns of the citizen: A survey of recent work on citizenship theory”. *Ethics* nº104, 1994.

- 1) Grupos desfavorecidos o en situación de exclusión social: Serían acreedores de derechos especiales de representación, pero temporales, hasta salir de su situación de desigualdad. Se podría señalar como ejemplo las políticas de igualdad de género con reservas de cuotas.
- 2) Inmigrantes, minorías étnicas y religiosas: Derechos multiculturales permanentes. En este caso no se considera que estas minorías deben ser objeto de políticas correctoras de desigualdades limitadas en el tiempo, sino que se les debe reconocer legitimidad para detentar unos derechos específicos permanentes derivados de su especificidad cultural. En este campo, se afirma que la integración política de la población inmigrante además de formal debe ser material, y que para ello es necesario que se le reconozcan estos derechos específicos, no descartando incluso una “política de cuotas” para garantizar su representatividad y presencia pública⁹⁶.

Algunos autores defienden que las políticas de reconocimiento de derechos específicos para los distintos colectivos sociales tienen perfecto encaje en el mandato que realiza el artículo 9.2 de la Constitución española a los poderes públicos de “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*”, lo que incluiría la interdicción de la discriminación por no diferenciación y las medidas de “discriminación positiva”. Frente a este posicionamiento, hay quien apunta que el concepto “inmigrante” presenta dificultades para ser considerado como una categoría social genérica y uniforme sobre la que aplicar lo previsto en el artículo 9.2 CE para garantizar la igualdad efectiva de los “grupos en los que se integran” los individuos⁹⁷. A nuestro juicio, esta apreciación es especialmente certera, ya que no sólo pone de relieve un inconveniente de carácter técnico-jurídico, sino que hace aflorar cuestiones filosóficas y políticas de fondo en las que vale la pena detenerse un instante, tal como haremos en su momento.

⁹⁶ INNERARITY, Daniel; El nuevo espacio público. Espasa. Madrid, 2006, pp. 59-60.

⁹⁷ ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Vías constitucionales para la integración social de los inmigrantes...cit., p. 9.

El feminismo aporta otro concepto a valorar en las políticas que pretenden otorgar derechos específicos a colectivos sociales diferenciados: la “igualdad de reconocimiento”. Podemos definir la igualdad de reconocimiento como un

“...aspecto que garantizaría códigos de igualdad entre los individuos, el arbitrio de medidas para la consecución de igual desarrollo y participación de éstos en la vida individual y social, y en consecuencia, las condiciones para la garantía de la libertad”⁹⁸.

Por lo anterior se revela esencial que toda política social dirigida a corregir desigualdades esté presidida por el “principio de reconocimiento”, mediante el cual las capas sociales dominantes y que sostienen el estado de discriminación procedan a reconocer efectivamente la igualdad, ya que en caso contrario todo avance en este sentido estaría lastrado por una perspectiva graciable y condicional. 3) Minorías nacionales. Derechos de autogobierno permanentes. La legitimación de estos derechos, al igual que las minorías culturales o religiosas, proviene de su idiosincrasia colectiva propia e inalienable.

Una propuesta similar realiza la ciudadanía diferenciada expuesta por Iris Young⁹⁹, que afirma que la ciudadanía clásica liberal ha supuesto una flagrante violación de los principios de igualdad y justicia respecto a las minorías. Para resarcirlas de la situación de desigualdad y exclusión a la que se han visto avocadas, serían necesarias políticas diferenciadas que les otorguen a estos colectivos derechos igualmente diferenciados que les ayuden a salir de la discriminación, es decir, políticas de discriminación inversa o positiva. La ciudadanía diferenciada maneja unas coordenadas bastante afines a la multicultural, pero centrándose esencialmente en los grupos situados en el primer nivel de la clasificación de Kymlicka, estando de la misma manera los derechos diferenciados dirigidos a sacar a los colectivos desfavorecidos de la exclusión social y con un horizonte temporal limitado, sin entrar en esos otros derechos multiculturales y de autogobierno permanentes e inalienables.

⁹⁸ GIL RUIZ, Juana M.; Los diferentes rostros de la violencia de género. Monografías de Derecho Penal. Dykinson. Madrid, 2007, pp 41 y ss.

⁹⁹ YOUNG, Iris Marion; Justice and the politics of difference. Princeton University Press. New Jersey, 1990.

Dentro de esta propuesta doctrinal, es de vital importancia fijar el significado y contenido de dos conceptos: multiculturalidad y multiculturalismo. El primer concepto sólo define un hecho (la convivencia de distintas comunidades o grupos culturales en una sociedad), mientras que el segundo en una corriente política y filosófica que apuesta por el reconocimiento y desarrollo de la identidad cultural (comunitaria) de esas diferentes comunidades que componen la sociedad¹⁰⁰. Dentro de ese posicionamiento filosófico-político conocido como multiculturalismo distinguen diferentes acepciones:

- 1) Liberal (defiende al individuo frente a los posibles excesos de la comunidad cultural).
- 2) Comunitarista (explica al individuo desde la comunidad, a la que da prioridad moral).
- 3) Pluralista (que intenta superar ambos modelos).

Dentro de este esfuerzo de definición conceptual, nos parecen muy ilustrativas las acotaciones que realiza Zapata-Barrero respecto a los usos que se le da a la noción de multiculturalismo y a los contextos en los que actualmente debemos situar a la multiculturalidad. Confronta distintos usos de la noción de multiculturalismo con significados igualmente diversos en los que puede haber confusión o polémica en su interpretación. Así, afirma que el multiculturalismo es un hecho, una realidad (la coexistencia en las sociedades actuales de una pluralidad de identidades culturales) pero también expresa un valor, en el sentido que hace referencia a una proposición político- ideológica¹⁰¹.

También pone en relación el concepto con la democracia y la igualdad. Señala que el multiculturalismo no supone una amenaza a la democracia, sino que constituye un reto a la idea tradicional de igualdad dentro de la misma. En las nuevas sociedades multiculturales (en su acepción de “hecho”) se debe adaptar la plasmación jurídico- social de la igualdad para evitar caer en la discriminación.

¹⁰⁰ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., p. 74.

¹⁰¹ ZAPATA-BARRERO, Ricard; ob.cit., pp. 187 y ss.

Por otra parte define al multiculturalismo como un elemento de debate “intrasocietario”. Considera que es muy peligroso plantear el multiculturalismo como un “choque de civilizaciones”, como un conflicto entre distintos modelos de sociedad. El reto debe situarse en cómo gestionar la diversidad cultural que existe dentro de cada sociedad. En esta línea, el autor también resalta que el multiculturalismo tiene una dimensión personal individual; la aceptación de la realidad multicultural y su conversión en un elemento social positivo no compete exclusivamente a la sociedad en abstracto, sino que también hay que situarlo en el plano individual. Cada ciudadano debe adoptar una “mente multicultural”.

Para cerrar la cuestión del uso del concepto de multiculturalismo, señala muy certeramente su dimensión como gestión del espacio público. De hecho, considera que no se podría calificar de reto al multiculturalismo si fuera una cuestión que tuviera repercusiones que se circunscribieran al ámbito privado. Bastaría entonces con unas mínimas normas de tolerancia y de respeto al espacio privado de cada ciudadano. Sin embargo, todo fenómeno cultural tiene irremediabilmente manifestaciones e influencia en el espacio público. Por lo tanto, el citado reto reside en una organización del espacio público que permita una adecuada convivencia e interacción de las distintas identidades culturales en su seno.

Concluimos el acercamiento a las reflexiones de Zapata-Barrero en este ámbito con la siguiente tabla en la que analiza los contextos en los que se mueve la multiculturalidad¹⁰²:

CONTEXTOS DE LA MULTICULTURALIDAD	LÓGICAS DISCURSIVAS	REFERENCIAS CONTEXTUALES	LENGUAJE PREDOMINANTE
Pluralismo de identidades culturales	Lógica minoría/ mayoría	Comparten los mismos derechos/ deberes	Lenguaje de la discriminación
Inmigración	Lógica inclusión/ exclusión	No comparten los mismos derechos y deberes	Lenguaje de los derechos
Pluralismo de identidades nacionales	Lógica autogobierno/ gobierno compartido	Comparten el mismo sistema de derechos y deberes (Constitución), pero no sienten reconocidas sus identidades de grupo	Lenguaje de reconocimiento
Unión Europea	Lógica estatal/lógica europea	Comparten el mismo proceso de construcción política	Lenguaje de la transnacionalidad
Globalización	Lógica económica, política, social y cultural	No todos comparten los beneficios de la globalización	Lenguaje de Derechos Humanos y de Justicia Global.

Las aportaciones de la ciudadanía multicultural en la tarea de construir sociedades donde sea posible la coexistencia pacífica y enriquecedora de distintas culturas y cosmovisiones son indiscutiblemente positivas. Sin embargo, la asignación de derechos propios y diferenciados a cada uno de los colectivos culturales, religiosos, nacionales...que conviven en una misma sociedad es un terreno muy complejo, en el que intentado superar antiguas discriminaciones se puede acabar generando otras de nuevo cuño.

¹⁰² ZAPATA-BARRERO, Ricard,; ob.cit., p. 192.

III.4.c) La ciudadanía postnacional

El principal exponente de esta corriente es Jürgen Habermas¹⁰³, autor que apuesta por la aceptación de la realidad social multiétnica y plurinacional, superando la vinculación estricta entre el Estado-nación y la ciudadanía. Ello supondría una superación del Estado-nación liberal y de la ciudadanía en su acepción clásica. Como alternativa propone una ciudadanía postnacional, cuya referencia será la Constitución enmarcada en un Estado igualmente postnacional, que integrará a todos a través del patriotismo constitucional.

El patriotismo constitucional, o lealtad a la Constitución y a los valores que consagra, asumirá el papel de la identidad cultural, siendo el concepto sobre el que se sustenta toda la teoría de la ciudadanía postnacional. Algunos autores han cuestionado la capacidad del patriotismo constitucional para sustituir por completo a la identidad cultural en su función aglutinadora y de cohesión del sustrato personal del Estado y su ordenamiento jurídico. Pero realmente lo que propone Habermas, más que una eliminación de las identidades culturales, es que a través de una lealtad constitucional constituida como un mínimo común reconocible y asumible por todos, aquéllas se configuren con un carácter más abierto y reflexivo.

En su propuesta doctrinal tiene un peso decisivo que la participación política sea realmente democrática y por ende fiel reflejo de la voluntad política de la ciudadanía. En una brillante definición, afirma que hay que conseguir un correcto flujo de comunicación entre la formación de la opinión pública, los resultados electorales y las resoluciones legislativas, en aras de garantizar que la influencia generada en el espacio de la opinión pública y el poder generado comunicativamente se transformen a través de la actividad legislativa en poder utilizable administrativamente¹⁰⁴.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen; "La constelación postnacional...cit.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen; Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Estructuras y Procesos, Filosofía. Trotta. Madrid, 1998, p. 375.

Este autor sigue muy de cerca el proceso de la Unión Europea, al que achaca una grave carencia: la ausencia de una Constitución. Considera el proyecto de ciudadanía europea como una gran oportunidad para la implantación en la realidad política-jurídica de esta propuesta doctrinal. Según su punto de vista, cuando se consolide la ciudadanía europea, verá la luz una ciudadanía postnacional que convivirá con la nacional.

Sin embargo, Jürgen Habermas considera que existen dos amenazas en el proceso de construcción europea: la consolidación de la idea de la “Europa fortaleza” y el burocratismo comunitario, que aleja a la Unión Europea del ciudadano y provoca graves déficits democráticos. Para superar estos obstáculos, es necesario que el patriotismo constitucional se reafirme en la Unión, siendo condición previa que penetre en cada uno de los Estados miembro. Teniendo en cuenta el impacto de la inmigración en el espacio europeo, propone una integración constitucional más concreta para las identidades culturales “históricas” y otra más abstracta que se centrará en las nuevas, y que afectará de lleno a la inmigración¹⁰⁵.

A nuestro juicio, la aportación más relevante de la ciudadanía postnacional es el concepto de “patriotismo constitucional” como mínimo común cohesionador de todas las identidades culturales, religiosas y nacionales que pueden convivir en un mismo espacio político y jurídico. Puede ser un paso en la buena dirección de “liberar” a la ciudadanía de ataduras etnicistas o culturales demasiado estrechas. Sin embargo, el hecho de denominarlo “patriotismo” parece indicar una cierta actitud militante respecto a los valores a los que se les asigna la función de elemento de consenso, algo que siempre hay que manejar con suma prudencia, tanto a la hora de determinar cuáles deben ser, su vigencia temporal, la posible reforma o incluso desde la perspectiva de que los ciudadanos deban ser sometidos a un examen sobre dichos valores....

¹⁰⁵ Soysal también apuesta por la ciudadanía postnacional, pero con un Estado que tenga una intervención mucho más directa, dinámica y activa en la protección de derechos fundamentales y la redistribución de los bienes sociales. SOYSAL, Yasemin; *Limits of citizenship. Migrants and the postnational membership in Europe*. Chicago University Press. Chicago, 1994.

III.4.d) La ciudadanía transcultural.

En la doctrina española destaca José Rubio Carracedo en la defensa de esta teoría¹⁰⁶. Afirma que la ciudadanía se debe construir mediante un proceso complejo de integración/diferenciación sostenido en el tiempo y espacio, sin que ninguno de los dos elementos prime sobre el otro. Las principales herramientas para la adecuada consolidación de la ciudadanía son el reconocimiento y conciliación de la pertenencia a la comunidad y la participación en la misma, así como el diálogo intercultural entre las diferentes identidades culturales que coexisten en una misma sociedad, todo ello asentado sobre los principios de los Derechos Humanos. La dimensión transcultural reside en el reconocimiento mutuo de la “no perfección” de todas las culturas y sus consiguientes estructuras sociopolíticas, y en un intercambio y comunicación culturales constantes.

El presente posicionamiento doctrinal defiende que el legalismo occidental es el principal obstáculo de la ciudadanía transcultural. Teniendo en cuenta el papel básico que juegan los Derechos Humanos en la ciudadanía transcultural, el hecho de que desde el punto de vista occidental se priorice absolutamente el nivel legal de los Derechos Humanos frente a sus niveles moral y político-democrático, supone un grave hándicap para la consolidación y especialmente para la posible extensión del proyecto transcultural a otras tradiciones político-jurídicas. Apunta que esto ha provocado que se convierta en un elemento imprescindible lo que es sólo una condición “perfectiva”, la plasmación legal, y ese es un obstáculo para la universalización de los Derechos Humanos.

Este autor califica de “obsesión” la visión occidental de que la única vía para la vigencia efectiva y real de los Derechos Humanos sea la positivación jurídica, identificando en ello una clara influencia del Derecho Romano. Resalta por el contrario la dimensión moral y política de los Derechos Humanos, preponderante en culturas no occidentales, así como la importancia de estas dimensiones en el propio origen de los

¹⁰⁶ RUBIO CARRACEDO, José; ob.cit., pp. 110 y ss.

Derechos Humanos en Occidente. De esta manera el carácter legal sólo viene a certificar el plano moral-político, que es el realmente constitutivo de los Derechos Humanos.

El prejuicio legalista occidental llevaría a tener que occidentalizar a todo el Mundo y la propia ciudadanía transcultural. Por ello, señala que existen medios e instituciones distintas para universalizar de una forma no legalista los Derechos Humanos en otras culturas no occidentales, como la apuesta por la regeneración democrática a nivel interno dentro de cada Estado-nación y la potenciación de instituciones como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por ejemplo.

Algunas cuestiones de especial interés se desprenden de la ciudadanía transcultural defendida por Rubio Carracedo, sobre todo en lo referente a los Derechos Humanos, su positivación y vigencia. Serán objeto de nuestra atención en las reflexiones con las que concluiremos esta tesis doctoral.

III.4.e) La ciudadanía cosmopolita.

Los autores cosmopolitas señalan la incapacidad del Estado-nación para responder a los retos de la globalización en general, y para reconocer y proteger los derechos fundamentales de las personas en particular. Ante esta situación, el cosmopolitismo propone hacer trascender la ciudadanía de las fronteras del Estado-nación, residenciándola en las instancias globales transnacionales de integración política y protección de los Derechos Humanos.

Estas teorías tienen su base filosófica en el estoicismo romano y su “res publica universalis” (comunidad universal de derechos), en el ideal racionalista de Kant e incluso en un humanismo de inspiración cristiana. Parten de la idea de que la primera lealtad de los seres humanos se debe a la Humanidad en su conjunto, por encima de patriotismos étnico-culturales¹⁰⁷.

¹⁰⁷ NUSSABUM, Martha; Los límites del patriotismo. Paidós. Barcelona, 2006.

Defienden que cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad, y sea cual sea el lugar donde resida, tiene unos derechos inalienables que en ningún momento pueden estar limitados o mediatizados¹⁰⁸ por el binomio Estado-nación/nacionalidad. El reconocimiento y protección de estos derechos de la ciudadanía cosmopolita correspondería a las organizaciones transnacionales más arriba citadas. Se trataría de instaurar un sistema global de derechos y deberes universales independientemente del lugar de nacimiento y residencia¹⁰⁹.

El cosmopolitismo no hace ilegítimo prestar atención al ámbito propio, pero con la imposición de tener presente en todas las decisiones político-económicas el derecho que posee la Humanidad en su conjunto a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad.

Sin embargo, parte de la doctrina tilda de utópico al cosmopolitismo y no le ve virtualidad jurídica-política. En esta línea, algunos autores siguen defendiendo al Estado-nación en su versión democrática, social y de Derecho y la cultura societal- nacional como los mejores depositarios de la ciudadanía y de la defensa de los derechos fundamentales contra el capitalismo salvaje de la globalización¹¹⁰. De hecho ya hemos puesto de relieve que señalan la pérdida de protagonismo de los Estados-nación como una de las razones de la situación de debilidad del sistema de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, Aláez del Corral considera que el cosmopolitismo desvincula los derechos ciudadanos de la sujeción de su titular a un ordenamiento jurídico con un ámbito territorial y personal delimitado, algo que no comparte bajo ningún concepto¹¹¹. Sin embargo, pensamos que la ciudadanía cosmopolita sí que aspira a la existencia de un ordenamiento jurídico al que estén sometidos los ciudadanos y las instituciones a la hora de reconocer y defender la vigencia de los derechos fundamentales

¹⁰⁸ En realidad, estos argumentos no se deben considerar como utópicos o alejados de la realidad jurídica actual. La doctrina constitucional que se ha consolidado respecto a la existencia de derechos fundamentales que son inherentes a la dignidad humana y que corresponden a toda persona sin ningún tipo de excepción no tiene grandes diferencias con los postulados de la ciudadanía cosmopolita en este ámbito.

¹⁰⁹ CORTINA ORTS, Adela; Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía. Alianza. Madrid, 1997.

¹¹⁰ RUBIO, Ana y MOYA, Mercedes; ob. cit., pp. 117 y ss.

¹¹¹ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía... cit., p. 204.

en última instancia; la diferencia reside en que ese ordenamiento debería tener una vigencia territorial y personal universal, con todas las dificultades que ello implicaría.

Otros autores dentro del ámbito del cosmopolitismo siguen considerando que el Estado-nación puede jugar un papel en el mundo globalizado, pero negando el carácter monopolizador en lo político-jurídico que su acepción clásica le otorgaba. En este sentido, David Held defiende la instauración de una “democracia cosmopolita”¹¹², donde por encima del Estado-nación debe existir una estructura supranacional que actúe como último garante en el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos y asegure el tratamiento como verdaderos ciudadanos a todas las personas, independientemente de su nacionalidad y lugar de residencia.

El posicionamiento más común entre la doctrina es situarse en un punto intermedio entre el vínculo cerrado entre nacionalidad y ciudadanía del liberalismo clásico y la vía “cosmopolita pura”, con la diversidad de matices que se han evidenciado en este capítulo. Por una parte hay cierto consenso en la necesidad de reforzar las instituciones internacionales para una mejor defensa de los Derechos Humanos, y por otra son mayoría quienes consideran que sigue siendo el Estado-nación el principal baluarte de la ciudadanía. Sería el Estado el que debería determinar la plasmación jurídica de los diferentes ámbitos de la ciudadanía, que podrían identificarse como¹¹³:

- 1) Reconocimiento y defensa constitucional de la dignidad y de los derechos fundamentales.
- 2) Participación política (considera que el criterio principal de acceso a la misma debería ser la residencia estable).
- 3) Sometimiento a la Constitución de todos los ciudadanos, reconociendo su heterogeneidad individual y colectiva.

La virtualidad práctica de las teorías cosmopolitas choca con grandes

¹¹² HELD, David; *Democracy and the global order*. Stanford University Press. California, 1995

¹¹³ SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit., pp. 13-14.

obstáculos: la inexistencia de un ordenamiento jurídico planetario con un carácter vinculante global y la debilidad de las organizaciones supranacionales que en teoría deberían asumir ese papel de garantes supremos de la ciudadanía cosmopolita. Lo anterior determina la ausencia de unas herramientas político-jurídicas coercitivas “cosmopolitas” que puedan imponer el respeto a unos Derechos Humanos con vigencia universal en los supuestos de vulneración de los mismos. Hay que reconocer que el monopolio de la coerción efectiva sigue residiendo en los Estados-nación y desgraciadamente en las grandes corporaciones multinacionales y los “mercados” a través de su poder de presión e influencia sobre los propios Estados-nación y los organismos internacionales existentes. En esta debilidad tiene que ver el nulo interés de la superpotencia hegemónica y de los citados «mercados» en promover el aumento de peso de estas instituciones en el panorama político-económico mundial, mientras que alientan otro tipo de organizaciones internacionales que sirven a sus intereses (Organización Mundial del Comercio, Fondo Monetario Internacional...).

Para finalizar este análisis de la propuesta cosmopolita, es obligado hacer mención a otro de los retos no resueltos para ella: la creación de un espacio público “universal” donde sea posible un verdadero ejercicio de ciudadanía igualmente universal. Este reto está inevitablemente conectado con las carencias de legitimidad democrática de las que adolecen las instituciones internacionales que deberían servir de base a la nueva ciudadanía cosmopolita. Un espacio público político e institucional donde la ciudadanía pudiera participar de forma efectiva y democrática en la dirección política de la “comunidad universal”, y que de la misma manera legitimara a las estructuras representativas de la misma.

CAPÍTULO SEGUNDO.- EL RECONOCIMIENTO
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS
RESIDENTES EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y LA
UNIÓN EUROPEA.

I) BREVE REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL EXTRACOMUNITARIO.

En el ámbito del ordenamiento jurídico internacional de Derechos Humanos hay dos cuestiones básicas, conectadas e interdependientes, de las que dependen la vigencia efectiva y virtualidad práctica de éste: su vocación de universalidad y su fundamentación última en la dignidad humana. A la primera ya hemos hecho referencia al hablar de la distinción conceptual entre “Derechos Fundamentales” y “Derechos Humanos” y consideramos que está íntimamente vinculada a la segunda, ya que, desde que se comenzó a construir el entramado institucional y jurídico internacional de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, se impulsó el concepto de dignidad humana como la razón filosófica sobre la que debía descansar la citada construcción y su pretendida proyección universal¹¹⁴.

Al hilo de lo expuesto, nos interesa en este momento un concepto que en la doctrina, la jurisprudencia y en organismos internacionales se ha ido consolidando: el “estándar mínimo internacional de Derechos Humanos”. Estaría determinado por el conjunto de tratados, principios y costumbres de Derecho Internacional que contemplan las disposiciones legales internacionales de protección de los Derechos Humanos, considerándose que le corresponde a todo ser humano con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia y que no puede ser derogado o suspendido en ninguna circunstancia¹¹⁵. Se podría decir que cumple una función de parámetro de referencia para valorar si en una situación político-jurídica concreta en un espacio territorial y temporal

¹¹⁴ En este ámbito nos parece muy interesante la reflexión de Goig Martínez, que junto a la dignidad humana señala a los principios de igualdad y libertad, conectados de una forma interdependiente, como fundamento de los Derechos Humanos en su proceso de internacionalización. Ver en GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL; *Inmigración y derechos fundamentales...*cit., pp. 18-21.

¹¹⁵ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; *La integración política de los inmigrantes...* cit., pp. 91- 92.

determinado se puede considerar que se está respetando las exigencias internacionales mínimas en materia de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos. Consideramos que este concepto podría ser una herramienta útil en la consecución de una ciudadanía inclusiva como vía de universalización de la titularidad y el ejercicio de derechos, cuestión que será objeto de nuestra atención más adelante.

I.1) PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en 1948 han proliferado los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, que singularizan dicha protección desde una perspectiva material y territorial. En la primera perspectiva destacan tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ambos aprobados en el seno de las Naciones Unidas en 1966. En la segunda es reseñable el proceso de regionalización que comenzó con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) del Consejo de Europa en 1950 y que continuó, entre otros, con la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos en 1969. A su vez, estos instrumentos han creado organismos que pretenden dotar a la tutela internacional de los Derechos Humanos de un mínimo carácter coercitivo, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, establecido por el PIDCP, o el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del CEDH.

Dentro de la singularización de la protección de los Derechos Humanos, también se ha generado una normativa internacional específica de protección de los derechos de las personas migrantes, que sin embargo está caracterizada por adoptar la forma de declaraciones y resoluciones sin fuerza vinculante¹¹⁶. A estos instrumentos se les conoce como “softlaw”, y son especialmente utilizados en materias que afectan de forma destacada a la soberanía de los Estados. Nosotros daríamos un paso más allá, ya que consideramos que en realidad ese carácter

¹¹⁶ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., pp. 95-96.

“softlaw” es un elemento estructural de todo el Derecho Internacional. Incluso aquellos tratados y convenios que nacen con una vocación vinculante, estableciendo mecanismos para garantizar su obligatoriedad, siempre están a expensas en última instancia de que los Estados-nación decidan ratificarlos o no. Un ejemplo significativo en este sentido lo constituye el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, el cual evidentemente nació con la clara intención de establecer una institución coercitiva de alcance universal para luchar contra los más graves delitos contra la Humanidad. Sin embargo, la no ratificación del Estatuto por los Estados que por capacidad político-militar y trayectoria reciente pueden tener una mayor incidencia en este campo (con los Estados Unidos a la cabeza), pone fuertemente en entredicho la finalidad última para la que se impulsó este tratado internacional. Esta situación es la que cuestiona la virtualidad de la mayoría de las propuestas cosmopolitas respecto a la ciudadanía, tal como se planteó en el capítulo anterior.

Regresando al ámbito específico del sistema de protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes, en 1990 se aprobó el Convenio Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias. Dado que un importante porcentaje de los flujos migratorios tienen una motivación económica y laboral, se consideró necesario un instrumento internacional que protegiera a las personas que residen fuera de su país de origen desde la perspectiva de su condición de trabajador. Sin embargo, este instrumento en la actualidad tiene un impacto real muy limitado, ya que no ha sido ratificado por ninguno de los principales “países-destino” de esos flujos migratorios, que en última instancia son el espacio territorial, político y jurídico donde las previsiones del tratado deben desplegar su efectividad¹¹⁷.

117 A noviembre de 2011 tan sólo habían ratificado este tratado 45 países, entre los que no se encuentran ninguno de los grandes receptores de las migraciones transnacionales de las últimas décadas. Como ejemplo muy ilustrativo, ninguno de los Estados miembro de la Unión Europea han firmado el mismo (ni Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Noruega, Suiza...). Ver en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV:13&chapter=4&lang=en (07/11/2011). Para los colectivos y entidades de la sociedad civil internacional que tienen como objetivo el reconocimiento universal de los Derechos Humanos de las personas migrantes, tras la adopción de la Convención por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 una destacada línea de trabajo ha sido la incidencia política para conseguir la ratificación de la Convención por los principales países de acogida. En este sentido es reseñable la labor de “December 18”. Más información en: www.december18.net/es/

Otro de los actuales retos de la ciudadanía lo constituye la diversidad cultural, de origen endógeno y exógeno. Ya hemos señalado que en el proceso de construcción del concepto clásico-liberal de ciudadanía se partía del presupuesto de la homogeneidad cultural en el marco del Estado-nación, circunstancia que en muchas ocasiones se sostiene más por un ejercicio de ficción político-jurídica que por su coincidencia con la realidad. Lo anterior determinó que las grandes declaraciones internacionales de derechos impulsadas tras la II Guerra Mundial adolecieran de un reconocimiento directo de la diversidad cultural. Así, en la DUDH no se incluyó una protección expresa y específica los derechos de las minorías¹¹⁸. Posteriormente, el reconocimiento de la diversidad se ha residenciado en algunas referencias indirectas en instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos de “carácter generalista” (p.ej., en el PIDCP) o en declaraciones internacionales no vinculantes, especialmente de la UNESCO, en las que el citado término “softlaw” alcanza su máxima expresión. El principal tratado en esta materia a día de hoy es la Convención UNESCO para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales del año 2005, que define la diversidad cultural como patrimonio de la Humanidad y factor esencial para la paz, pero que de nuevo adolece de un carácter esencialmente declarativo con escasa fuerza vinculante.

En el Convenio Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (1965) encontramos una de las claves de la cuestión de fondo que subyace en este ámbito, que no es otra que determinar si es posible reconocer distintos niveles de derechos a diferentes grupos sociales sin violar la interdicción de la discriminación que han consolidado instrumentos internacionales como el señalado. Vale la pena detenerse en el análisis del contenido de los artículos 1 y 5 del Convenio, ya que del mismo se pueden extraer muy interesantes conclusiones.

El foco de atención inicial se centra en la definición de “discriminación racial” que aparece en el apartado primero del artículo 1. A los efectos que nos interesan en esta tesis doctoral, es destacable que incluye el “origen nacional” como motivación que no puede justificar un trato

¹¹⁸ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio; “Diversidad cultural y derechos fundamentales...cit., pp. 55-56.

diferenciado. Esta circunstancia se reitera en el art. 2.1 de la DUDH o en el art. 14 del CEDH, por ejemplo. El concepto se podría abrir a diversas interpretaciones y ser utilizado para intentar refutar el distinto nivel de reconocimiento de los Derechos Humanos que tienen las personas extranjeras residentes fuera del país cuya nacionalidad ostentan. Sin embargo, el apartado segundo del mismo artículo da respuesta inmediata a la posibilidad indicada, ya que de forma expresa dispone que la prohibición de la discriminación por “origen nacional” no impide que los Estados parte puedan establecer «*distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias...entre ciudadanos y no ciudadanos*». Otorgamos una especial relevancia a esta afirmación por la características del instrumento internacional en el que se recogen (auspiciado por Naciones Unidas y con una evidente vocación de vigencia universal), por las consecuencias jurídicas concretas que permite (limitar la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales a personas por su nacionalidad) y por la base político- ideológica de la que parte (confirmación explícita de la existencia de “ciudadanos y no ciudadanos”).

En el artículo 1.3 del Convenio se insiste en la misma línea, ya que se cuida de dejar a salvo las competencias exclusivas de los ordenamientos jurídicos nacionales sobre la regulación de la “*nacionalidad, ciudadanía o naturalización*”, que son las herramientas político-jurídicas para determinar qué personas son ciudadanas y por ende para establecer quienes tendrán el máximo nivel de reconocimiento de derechos fundamentales en sus respectivos ámbitos territoriales.

En su último apartado el citado artículo realiza una serie de precisiones respecto a las medidas de “discriminación positiva” de las que puedan beneficiarse determinados grupos sociales. Estas precisiones tienen una incidencia directa sobre algunas de las nuevas propuestas de reforma del concepto de ciudadanía (la multicultural principalmente).

El artículo 5 del Convenio especifica qué derechos en particular no pueden ser afectados por comportamientos discriminatorios. Es reseñable que de nuevo se refiera al “origen nacional” como causa que no puede fundamentar un trato desigual, aunque evidentemente aquí también se

deben tener en cuenta las matizaciones introducidas en los apartados dos y tres del artículo 1. A pesar de ello, consideramos significativo que el Convenio señale directamente que no se puede realizar distinciones de trato por origen nacional en derechos tradicionalmente vinculados a la titularidad de una ciudadanía plena como los políticos, la libre circulación y la libertad de elección de domicilio.

El Convenio, como no podía ser de otra manera, ha tenido su reflejo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados signatarios, entre ellos España, donde el artículo 23 de la LO 4/2000 define acto discriminatorio coincidiendo con el art. 1 del mismo. También ha tenido su influencia en la normativa producida por las organizaciones internacionales de carácter regional, como es el caso de la Unión Europea. La Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29/06/2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de personas independientemente de su origen nacional o étnico (DOCE 19/07/2000) profundiza en el concepto de discriminación, ya que en su artículo 2 distingue entre acto discriminatorio directo e indirecto y concreta cuando se produce uno y otro. Pero coincide plenamente con el Convenio al contemplar en su artículo 3.2 que “*La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad...*”, en la misma línea del artículo 1.2 del Convenio.

I.2) DERECHOS POLÍTICOS DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

Para cerrar este acercamiento a la situación de los Derechos Humanos de los residentes extranjeros en el Derecho Internacional extracomunitario es obligado detenerse brevemente en los derechos políticos, ya que, como hemos reiterado, tradicionalmente y en la actualidad su titularidad es la frontera de la ciudadanía plena.

La DUDH reconoce en su artículo 21 respecto del derecho de sufragio activo y pasivo y el acceso a la función pública, derechos políticos por excelencia, que:

- “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país...”

Al señalar hasta en dos ocasiones que estos derechos corresponden a toda persona “*en su país*” la Declaración parece inclinarse por vincularlos a la nacionalidad. Sin embargo, al definir los titulares utilizan un término (persona) más amplio que el artículo 25 del PIDCP, que los circunscribe a los “ciudadanos”¹¹⁹. Santolaya y Díaz adelantan una cuestión de vital importancia al tratar la inclusión del concepto “ciudadano” en el artículo 25 del PIDCP: ¿se podría incluir a las residentes extranjeras entre esos ciudadanos?¹²⁰.

Por su parte, el artículo 41 de la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias (1990) determina:

¹¹⁹ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., pp. 93-94.

¹²⁰ SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p.26.

“1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación. 2. Los Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos.”

Con lo anterior pretende asegurar el mantenimiento de los derechos políticos de los migrantes en su país de origen, para evitar situaciones que se producen en determinados Estados, que privan del ejercicio de los derechos políticos a sus nacionales residentes en el exterior. En este ámbito es pertinente señalar que la reciente reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General española, operada por la LO 2/2011, de 28 de enero (BOE nº 25 de 29 de enero de 2011), ha recortado los derechos electorales de los residentes españoles en el extranjero, algo que podría generar problemas de compatibilidad con el contenido de este tratado en el hipotético caso de que España decidiera ratificarlo.

A renglón seguido, el art. 42 de la Convención hace referencia a la participación política de los residentes extranjeros (trabajadores migratorios y sus familiares en la terminología del tratado) en los lugares de destino. En cada uno de sus epígrafes este artículo desglosa las distintas vías de participación de la personas migrantes en los países de acogida que tradicionalmente se han ido estableciendo, ordenadas de menor a mayor desde el punto de vista de implicación del residente extranjero en los mecanismos de decisión política de la comunidad de la que forma parte efectiva. De esta manera señala a las instituciones de carácter consultivo en cuyo seno se tratan los problemas específicos de integración de la población inmigrante, la participación consultiva y la iniciativa vecinal distinta al sufragio en la administración local y por último a los derechos políticos en sentido más estricto.

La Convención tiene en esta materia un marcado carácter «softlaw», ya que en los dos primeros párrafos utiliza términos tan poco vinculantes como “considerarán” o “facilitarán”, siendo más explícito aún en el mismo sentido respecto al derecho de sufragio de los residentes extranjeros, ya

que directamente hace depender su reconocimiento o no a la “*decisión soberana*” del Estado parte del tratado.

Una vez analizadas las referencias de los instrumentos internacionales de vocación universal, debemos acercarnos a cómo han afrontado la cuestión de la participación política de los residentes extranjeros las instituciones y tratados supranacionales regionales. Teniendo en cuenta la materia de esta tesis doctoral, nos centramos en el ámbito europeo (excluyendo la Unión Europea, que será objeto de un detallado estudio específico), por lo que haremos referencia a la actuación del Consejo de Europa¹²¹ en la materia.

La asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (CE) ha realizado desde hace décadas una apuesta decidida por avanzar en el reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros. Ya en 1977, a través de la Recomendación nº 101 dirigida al Consejo de Ministros CE (y a los Estados miembro del CE por extensión), recomendaba abrir la participación en las elecciones locales de los residentes extranjeros. En el mismo sentido las recomendaciones nº 712, 769, 799, 1459, 1500 y 1714¹²², con una referencia expresa en ellas a la necesidad de una “*democracia inclusiva*”, las cuales cifran en unos 3 años el periodo de residencia a exigir para el ejercicio de los derechos políticos en el nivel municipal.

Nos parece destacable una afirmación contenida en la Resolución 1459 (año 2005): el sufragio en las elecciones generales debe estar ligado “*en general*” a la nacionalidad por los posibles “*conflictos de lealtad*” que al residente extranjero se le puedan plantear entre el país del que es nacional y el de residencia. Subyace en esta afirmación de la Asamblea Parlamentaria CE un posicionamiento de un perfil más político-ideológico que jurídico que será acreedor de nuestra atención a lo largo de estas líneas.

Junto a las citadas recomendaciones de la Asamblea CE que, como su propia denominación indica, no tienen valor vinculante, es necesario

¹²¹ Todas la referencias a la institución y documentos del Consejo de Europa extraídas de: www.coe.int

¹²² Texto completo de las recomendaciones disponible en: http://assembly.coe.int/ASP/Search/PACEWebItemSearchDoc_E.asp (07/11/2011)

acudir al tratamiento de la participación política de las personas migrantes en los instrumentos internacionales aprobados en el seno del Consejo de Europa y obligatorios para sus signatarios.

En primer lugar debemos detenernos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que, con el organismo instaurado para su salvaguarda (Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH-), constituye un elemento esencial del propio Consejo de Europa. El art. 16 CEDH dispone que las libertades de expresión, reunión y asociación y la prohibición de discriminación, reconocidas en los arts. 10, 11 y 14 CEDH, no: *“...podrá (n) ser interpretada (s) en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”*.

De este artículo se desprende que el CEDH no vincula de una forma absoluta a la nacionalidad el ejercicio de derechos políticos como los de asociación, reunión o manifestación; pero al mismo tiempo habilita expresamente a los Estados parte para establecer *“restricciones a la actividad política de los extranjeros”*.

En el CEDH no se hace referencia a la participación política a través del derecho de sufragio. Es en el art. 3 del Protocolo Adicional 1º del CEDH (1952) cuando el Consejo de Europa establece a los Estados parte de este convenio la obligación de garantizar el derecho a

“... (en) intervalos razonables elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garantice la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

El Protocolo establece que es el “pueblo” el titular del derecho contemplado en su art. 3. Tradicionalmente, en la ciencia político-jurídica se ha identificado ese concepto de “pueblo” con el sustrato personal de la “nación”, asignándole la función de encarnación de la voluntad política primigenia que legitima la construcción del respectivo sistema constitucional y el ordenamiento de él derivado. De lo anterior podemos inferir que la utilización del término “pueblo” suele llevar implícita una vinculación directa a la “nacionalidad”, por lo que siguiendo esta lógica deberíamos concluir que el CEDH, a través de su Protocolo 1º, parte,

como principio general, de la subordinación del derecho de sufragio a la titularidad de la nacionalidad¹²³.

Por último, señalar que el Consejo de Europa aprobó en el año 2000 el Protocolo nº12 del CEDH (ratificado por España en 2008), cuyo art. 1 realiza una prohibición general de cualquier tipo de discriminación en el reconocimiento de los derechos establecidos por la ley, incluyendo de forma específica el “origen nacional” entre las motivos vedados para llevar a cabo distintos niveles de titularidad y ejercicio de derechos. Aunque ya hemos afirmado que está abierto a la interpretación si con la prohibición de discriminación por “origen nacional” se incluye a los residentes extranjeros o realmente se refiere a los nacionales que originariamente ostentaron otra nacionalidad, es destacable que hayamos podido constatar en los instrumentos internacionales del ámbito de los Derechos Humanos analizados en estas páginas que se va consolidando la tendencia de equiparar en amplios campos a nacionales y residentes extranjeros.

Concluimos este recorrido por el tratamiento que realiza el Consejo de Europa de la participación política de los residentes extranjeros con el instrumento específico aprobado por el Consejo en la materia: la Convención sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local (1992).

El Preámbulo de la misma insiste, al igual que los grandes tratados internacionales de Derechos Humanos, en el carácter universal e indivisible de los derechos y las libertades fundamentales, así como su fundamento en la dignidad humana. Con ese punto de partida común, la Convención que nos ocupa tiene una característica peculiar; divide su contenido en tres capítulos (A, B y C), permitiendo a los Estados parte ratificar este tratado asumiendo uno, dos o los tres capítulos a su elección (art. 1):

¹²³ Sin embargo, ya hay autores que apuntan la posibilidad de incluir a los residentes extranjeros dentro del concepto de “pueblo”, cuestión que trataremos ampliamente en los próximos capítulos. Véase en SANTOLAYA, Pablo y REVENGA, Miguel; Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, p. 23.

- 1) Capítulo A. Reconoce a los residentes extranjeros los derechos de: libertad expresión, reunión, asociación, creación de sindicatos, defender y manifestar su identidad cultural... (arts. 3 y 4).
- 2) Capítulo B. Contempla la creación de organismos de debate y consulta de cuestiones locales en los que puedan participar los residentes extranjeros (art. 5).
- 3) Capítulo C. Establece la posibilidad de reconocer el sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal a aquellos residentes extranjeros con un periodo de residencia continuada superior a los 5 años; aunque también prevé la posibilidad de que cualquier Estado parte opte por un límite inferior a los 5 años (arts. 6 y 7). El apdo. 2º del art. 6 permite a las partes restringir este reconocimiento de derechos políticos al sufragio activo y el art. 15 excluir determinado procesos electorales locales.

A noviembre de 2011, han firmado y ratificado esta convención tan sólo 8 países: Albania, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Islandia, Italia, Noruega y Suecia. Han firmado, pero no ratificado 5: Chipre, Eslovenia, Lituania, Reino Unido y República Checa. Teniendo en cuenta que el Consejo de Europa tiene en la actualidad 47 Estados miembro, no se puede considerar como un gran éxito que tan sólo se hayan producido 8 ratificaciones en los 19 años que han transcurrido desde la adopción de este tratado, más aún cuando varias de esas ratificaciones contienen reservas¹²⁴.

Es de justicia resaltar que el Consejo de Europa ha llevado a cabo una destacable labor sostenida en el tiempo a favor del avance en el reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros, tanto desde la perspectiva de la incidencia política entre sus miembros (principalmente mediante las recomendaciones de su asamblea parlamentaria) como desde la estrictamente jurídica (Convención sobre

¹²⁴ Albania se reserva el derecho de no aplicar el capítulo C, Dinamarca excluye de la aplicación del tratado sus territorios de Groenlandia y las Islas Feroe, Finlandia aclara que el sufragio de los residentes extranjeros se ejercerá en los municipios "en sentido estricto" (kunnat / kommuner). Italia excluye directamente el capítulo C y Noruega exime a las islas Svalbard del ámbito de la Convención. Toda la información respecto a la Convención en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=144&CM=8&DF=07/11/2011&CL=ENG> (07/11/2011)

la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local)¹²⁵.

Sin embargo, tal como se ha señalado, los resultados de esta apuesta del Consejo de Europa no ha tenido el impacto entre sus Estados parte que quizás hubiera previsto (o deseado) inicialmente, reflejando esta situación una vez más las dificultades y resistencias existentes en el panorama político-jurídico vigente para llevar a cabo la adaptación de conceptos como ciudadanía, soberanía... a los requerimientos de las sociedades contemporáneas.

¹²⁵ También en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) es posible hallar algunas sentencias que hacen referencia a esta materia a las que haremos referencia a lo largo de estas líneas.

II) CIUDADANÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA.

En el espacio institucional, político y jurídico de la Unión Europea debemos señalar dos momentos de crucial importancia a la hora de analizar el concepto de ciudadanía y de la protección de los Derechos Humanos de los residentes extranjeros en el territorio de sus Estados-miembro.

El primer momento fue la incorporación del Tratado de la Unión Europea (TUE, conocido como Tratado de Maastricht) al acervo comunitario en el año 1992. A partir de ese momento, en los Estados que forman parte de la Unión se tienen que valorar dos ámbitos al analizar el concepto de ciudadanía: el nacional, donde se maneja la concepción tradicional de ciudadanía; y el europeo, donde desde la aprobación del citado tratado se ha puesto en marcha la construcción de un novedoso proyecto de ciudadanía transnacional, la llamada ciudadanía europea.

El segundo fue la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, que viene a modificar los Tratados de la Unión Europea (TUE) y de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Además de su importancia “estructural”, ya que ha sustituido al fallido Tratado para la aprobación de una Constitución Europea, a los efectos de lo que en este momento nos ocupa es especialmente reseñable, por una parte, el impacto del Tratado de Lisboa en la ciudadanía europea (que trata de robustecer y consolidar), y por otra la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), lo que implica que, siendo Derecho vigente de la UE, puede acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en caso de vulneración de la misma. En esta dirección podemos situar la previsión incluida en el art. 6.2 TUE tras ser modificado por el Tratado de Lisboa, donde se mandata a la UE, como organización internacional, para que se adhiera al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa.

II.1) LA CIUDADANÍA EUROPEA.

Tiene un punto de partida básico desde la perspectiva político-jurídica: la vinculación de la ciudadanía europea a la nacionalidad de los Estados miembro, es decir, es imprescindible ser nacional de un país de la UE para poder ser considerado ciudadano europeo. Este principio se estableció ya en el inicial art. 8 A del Tratado de Maastricht, se reiteró en el art. 17 del Tratado de Ámsterdam, en el I-10 del fallido tratado constitucional y consolidado por el vigente art. 9 TUE (también en el art. 20 TFUE), el cual, tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, establece en su primer inciso:

“...será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

De lo anterior se desprende que la ciudadanía europea se superpone a la nacionalidad del Estado miembro, no afectando en ningún momento a su eficacia político-jurídica. Tampoco crea un “estadio” intermedio entre la nacionalidad del Estado miembro y la de terceros países. Por lo tanto, se puede afirmar que la UE tiene un “demos múltiple”¹²⁶, compuesto por cada uno de los “demos nacionales” de sus miembros y por el “demos comunitario”¹²⁷.

Parece evidente que en el momento actual del proceso de construcción de la ciudadanía europea no se puede defender la existencia de una “nacionalidad europea”. Frente a quienes piensan que esta “nacionalidad europea” no es viable por la inexistencia de un ordenamiento jurídico

¹²⁶ KUNOY, Bruno; “An Union of National Citizens: The origin of Courts lack of avantgardisme in the Chen case”. Common Market Law Review, vol. 43. 2006, pp. 179-190

¹²⁷ Durán considera que esta circunstancia determina que la UE deba definirse como una construcción “alternacional”, más que “inter” o “supra” nacional. DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., p. 116.

comunitario soberano¹²⁸, estimamos que la inviabilidad del citado concepto estaría más conectada con que la creación de una “nacionalidad europea” nunca ha figurado en la agenda del proyecto político de la Unión. Es más, como ya apuntamos, la ciudadanía europea se mueve en parámetros próximos a la descrita “ciudadanía de residencia”, ya que, aunque sea de una forma limitada y acotada, avanza en el reconocimiento de ciertos derechos tradicionalmente vinculados a la ciudadanía superando el marco estricto del Estado-nación.

Tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa en el TUE y en el TFUE, la ciudadanía europea reconoce los siguientes derechos a los nacionales de los Estados miembro:

- 1) Libre circulación y residencia en todo el territorio UE (arts. 20.2.a y 21 TFUE).
- 2) Sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales en el Estado que residan en igualdad de condiciones que los nacionales del mismo (arts. 20.2.b y 22 TFUE).
- 3) Protección diplomática y consular en el exterior por parte de cualquier Estado miembro, aunque no sea el suyo, en pie de igualdad con los nacionales de este Estado (arts. 20.2.c y 23 TFUE).
- 4) Derecho de petición al Parlamento UE, acceso al Defensor del Pueblo UE y a dirigirse a las instituciones UE en su propia lengua (arts. 20.2.d, 24, 227, 228 TFUE y arts. 13 y 55.1 TUE).
- 5) “Iniciativa ciudadana” ante la Comisión UE. Deberán llevarla a cabo al menos un millón de ciudadanos de la UE de un “número significativo” de Estados miembro (arts. 11 TUE y 24 TFUE).

El art. 20.2 TFUE abre la posibilidad de ampliar este catálogo al usar la expresión «*entre otras cosas*» antes de detallarlo. El art. 25 TFUE establece un “*procedimiento legislativo especial*” para el caso de que se pretenda llevar a cabo esa ampliación de derechos vinculados a la ciudadanía

¹²⁸ Por ejemplo Benito Aláez en ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía... cit., pp. 95 y ss.

europea: sería necesaria la unanimidad del Consejo Europeo, la previa autorización del Parlamento UE y la aprobación en todos los Estados miembro según sus “*respectivas disposiciones constitucionales*”.

A esta ciudadanía europea, concebida como un paso más en el proceso de integración política iniciado en Europa tras la 2ª Guerra Mundial, en la indicada forma fragmentaria, limitada y a un muy largo plazo, se le puede reconocer el valor de tímido ensayo en el camino de la superación de la ciudadanía liberal en el marco del Estado-nación. Por primera vez en la Historia se han “transnacionalizado” derechos que han estado siempre conectados de forma muy íntima a la ciudadanía basada en la nacionalidad y al ámbito político, jurídico y territorial del Estado nación, usando para ello los citados conceptos cercanos a los posicionamientos de la ciudadanía de residencia. Es especialmente destacable que se hayan incluido dentro del ámbito de la ciudadanía europea derechos como los políticos (aunque se circunscriban a los procesos locales y al Parlamento UE) y a la libertad de circulación y residencia.

También es necesario reconocer que la creación de una institución como el Parlamento UE, elegida por sufragio entre los nacionales de los Estados miembro que forman parte de la Unión, no tiene parangón en ningún otro organismo internacional. Debe reforzar este reconocimiento la ampliación competencial a favor del Parlamento que ha llevado a cabo el Tratado de Lisboa, que ha intentado equilibrar en cierta medida el desproporcionado peso que tenían en las principales decisiones de la Unión Europea órganos no elegidos directamente por la ciudadanía, como son la Comisión y el Consejo UE.

Partiendo de este reconocimiento inicial, no es menos cierto que la ciudadanía europea adolece de serias y graves carencias si la valoramos como posible alternativa para la superación del concepto clásico de la ciudadanía en el marco del Estado nación. En este momento no nos detendremos a valorar la necesidad o no de ampliar el descrito catálogo de derechos vinculados actualmente a la ciudadanía europea, más cuando el complejísimo proceso previsto en el art. 25 TFUE parece indicar claramente que no está entre las prioridades políticas de la UE y

sus Estados miembro avanzar en ese ámbito en un corto o medio plazo. Y es que tampoco es necesario entrar en ese análisis para certificar las dificultades que tiene la ciudadanía europea para asegurar la virtualidad práctica de los derechos que a día de hoy reconoce, por una parte, y como desde el punto de vista subjetivo deja fuera de su ámbito a millones de personas que forman parte efectiva de la sociedad europea, como son los residentes extranjeros de terceros países, por otra.

Respecto a lo primero, ha sido paradigmático lo ocurrido respecto a la libertad de circulación y residencia con ocasión de las adhesiones de Rumanía y Bulgaria a la UE, que se hizo efectiva a partir del 1 de enero del año 2007 (con especial incidencia en lo concerniente a sus nacionales de etnia gitana).

Hay que partir del hecho de que el propio tratado de adhesión de ambos países ya contemplaba la posibilidad de que el resto de Estados miembro establecieran moratorias respecto a la libre circulación de trabajadores (art.45 TFUE, manifestación específica de la libertad de circulación general) que podrían extenderse por un periodo de hasta dos años (ampliable hasta 5 e incluso 7 años en supuestos especiales) desde la entrada en vigor de la adhesión de ambos países¹²⁹. España fue uno de los países que hizo efectiva la moratoria, que estuvo en vigor en un primer momento hasta el 1 de enero de 2009, pero que fue nuevamente reintroducida para Rumanía en julio de 2011¹³⁰. Otros Estados miembro como Francia han optado por el plazo de 5 años, e incluso se plantean la posibilidad de ampliarlo a 7 años porque consideran que se dan esas circunstancias previstas en la directiva para ello¹³¹, argumentos esgrimidos por España para reactivar la moratoria.

Aunque evidentemente la citada medida está ajustada a Derecho al

¹²⁹ Ver anexos VI y VII del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea, que complementa al Tratado UE relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea, ambos publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea nº L-157 (año 48) de 21 de junio de 2005.

¹³⁰ Hasta finales de 2012. Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, mediante la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se establece la reactivación del periodo transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía. BOE nº176 de 23 de julio de 2011.

¹³¹ "...graves perturbaciones en su mercado de trabajo o de que exista el riesgo de que éstas se produzcan...". En los arriba citados anexos VI y VII.

contemplarse en el señalado instrumento internacional, se puede calificar como mínimo de discutible en su dimensión política e incluso respecto a su efectividad práctica. Respecto a la primera porque pone en cuestión la existencia de un verdadero compromiso por parte de las instituciones de la UE y de los Estados miembro con la ciudadanía europea y con los derechos a ella vinculados. Y en lo concerniente a su efectividad práctica, parece obvio que bajo estas moratorias está una intención de prevenir posibles desplazamientos considerables de nacionales rumanos y búlgaros a países de la UE con mejores condiciones de vida¹³². Pero como la medida analizada limita la libre circulación con fines laborales sin impedir que las personas rumanas y búlgaras se trasladen a otros países de la UE y residan en ellos, finalmente no se ha conseguido frenar esos flujos migratorios intracomunitarios, y en muchas ocasiones se ha abocado a los ciudadanos rumanos y búlgaros que han decidido trasladarse a países que han adoptado la moratoria a trabajar en la economía sumergida o a engrosar las bolsas de exclusión social, dada la imposibilidad práctica de acceder al mercado laboral normalizado.

Consideramos que, al amparo de estas lagunas que existen en el Derecho comunitario respecto al reconocimiento pleno de los derechos derivados de la ciudadanía europea, se están tomando decisiones políticas que afectan a colectivos de ciudadanos de la UE con especiales problemas de exclusión social (como ejemplo paradigmático los nacionales rumanos y búlgaros de etnia gitana que residen fuera de sus países de origen) poco compatibles a nuestro juicio con un proyecto de ciudadanía europea que sirva de instrumento efectivo para el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE.

En este ámbito sobresalen las restricciones a la libertad de residencia de los ciudadanos comunitarios de la UE establecidas por Francia en su territorio, ya que transcurridos tres meses desde su entrada en el país deben demostrar que cuentan con un contrato de trabajo, beca de estudios... o cualquier otra fuente de ingresos que aseguren la atención

132 El último Informe sobre Desarrollo Humano 2011 del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sitúa a Rumanía en el puesto 50 y a Bulgaria en el 55 dentro de los 187 analizados en el informe. Sin embargo, dos de los países que hicieron efectiva esta moratoria (Francia y España) ocupan los puestos 20 y 23 respectivamente. Datos disponibles en: <http://hdr.undp.org/es/estadisticas/> (07/11/2011)

de sus necesidades económicas. En caso contrario deben abandonar suelo galo¹³³.

La República francesa ha utilizado esta habilitación normativa nacional principalmente para repatriar a ciudadanos rumanos y búlgaros de etnia gitana, priorizando aquéllos que viven en campamentos de forma itinerante (a los que por otra parte también le están aplicando la referida moratoria a la libre circulación “laboral”). Según señalan entidades de la sociedad civil francesa, la política de repatriación de este colectivo se remonta al año 2002, cuando Rumanía y Bulgaria no habían ingresado aún en la Unión Europea, pero su acceso a la condición de Estados miembro en 2007 no ha alterado esta línea, habiéndose llevado a cabo alrededor de 8.000 expulsiones de personas gitanas de nacionalidad rumana y búlgara durante el año 2009¹³⁴. Durante el año 2010, las autoridades francesas dieron un paso más llevando a cabo repatriaciones colectivas de estas personas¹³⁵. Aunque en un primer momento se reaccionó desde las

¹³³ Con base en lo dispuesto en las consideraciones 9ª y 10ª de los arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/38/CE sobre libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios en el ámbito de la UE. En concreto, los artículos L121-1 y L511-1 del “Code de l’entrée et du séjour de étrangers et du droit d’asile” ·CESEDA· (ver en www.legifrance.gouv.fr) establecen que los nacionales de países miembro de la UE deben justificar tras los tres primeros meses de estancia en Francia que cuentan con recursos económicos para su sustento y que no constituyen “una carga no razonable para el sistema de seguridad social”; en caso contrario la Prefectura correspondiente podrá determinar la “obligación de dejar el territorio francés”

¹³⁴ Datos facilitados por la entidad francesa “France terre d’asile”:
<http://www.france-terre-asile.org/toute-lactualite-de-france-terre-dasile/item/4377> (07/11/2011)

¹³⁵ Incluso el Ministerio del Interior, de Ultramar y de las Colectividades Territoriales emitió una circular interior dirigida a los directores generales de la Policía Nacional y de la Gendarmería y a los distintos prefectos territoriales donde se daban instrucciones de priorizar el desmantelamiento de aquellos campamentos informales ocupados por “Roms” (ciudadanos de Europa del Este de etnia gitana). Desde luego que un acto administrativo de este tipo es difícil de compatibilizar con un mínimo respeto a la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se ha tenido acceso a la citada circular a través del Informe Anual de la Fundación Secretariado Gitano 2010: Discriminación y Comunidad Gitana. www.gitanos.org/publicaciones/discriminacion 10/ (07/11/2011) Además, desde diversas instancias de la sociedad civil francesa se pone en duda la identificación automática que está realizando la administración francesa en muchas situaciones entre la dificultad de justificar recursos propios con constituir una “carga no razonable” para los servicios sociales (Directiva 2004/38/CE), por una parte. Por otra, consideran que las repatriaciones colectivas de “roms” rumanos y búlgaros (denominadas por el Estado francés como “retorno humanitario”) no respetan la posibilidad de interponer el recurso de carácter suspensivo previsto en el citado art. L511-1 del CESEDA francés, que en teoría puede interponer en el plazo de un mes cualquier ciudadano de la UE al que se pretenda expulsar en Francia por estar incurrido en el supuesto previsto en el igualamiento señalado art. L121-1 del CESEDA al amparo de la Directiva 2004/38/CE. www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/09/10/evacuation-et-expulsion-des-roms-roumains-et-bulgares-labsurde-strategie-de-la-carotte-et-du-baton-focus-dalloz-etudiant/ (07/11/2011) www.gisti.org/IMG/pdf/cedh_plainte-roms_2010-10-22.pdf (07/11/2011)

instituciones comunitarias poniendo en duda la compatibilidad de estas actuaciones con el Derecho de la UE vigente¹³⁶, finalmente se plegaron al posicionamiento francés, más por razones políticas que jurídicas bajo nuestro punto de vista¹³⁷. Esta línea de actuación está teniendo eco en otros ámbitos territoriales de la Unión, algunos incluso muy cercanos¹³⁸, y también ha consolidado una voluntad política general restrictiva que puede concluir en una modificación del Tratado de Schengen que facilite la reintroducción de controles fronterizos interiores en determinadas circunstancias¹³⁹.

¹³⁶ En el Programa de Estocolmo (a cuyo análisis dedicaremos un apartado específico en estas páginas), dentro de las herramientas político-jurídicas para establecer una “Europa de los derechos”, se señala como prioritario el “pleno ejercicio del derecho a la libre circulación”, ya que es uno de los “principios fundamentales en los que se basa la Unión y una de las libertades fundamentales de la ciudadanía europea”, y que el “Consejo Europeo invita a la Comisión a supervisar la ejecución y la aplicación de estas normas para garantizar el derecho a la libre circulación”. Sin embargo, a pesar de la aparente contundencia de esta primera afirmación, inmediatamente este documento político programático indica que “la libertad de circulación no sólo otorga derechos, sino también impone obligaciones a quienes se benefician de ella; es preciso evitar los abusos y los fraudes” y que “si se detectan tendencias sistemáticas al abuso y al fraude del derecho de libre circulación, los Estados miembros deberán informar de ellas a la Comisión, que sugerirá al Consejo modos de tratarlas por los medios más apropiados”. De esta manera, el citado instrumento impulsado por el Consejo Europeo, publicado en el DOUE el 4 de mayo de 2010, establece una posición ambivalente en este ámbito; por una parte quiere dejar meridianamente claro a los Estados UE la obligación de garantizar de este derecho, mientras que a renglón seguido se hace una mención expresa a la necesidad de evitar “abusos y fraudes” que en cierta medida establece una especie de “presunción preventiva” de mal uso de esta libertad de circulación en la que quizás se puedan adivinar ciertas presiones políticas que apuntan en la misma dirección de las argumentaciones utilizadas por el Estado francés en el caso de los ciudadanos rumanos y búlgaros de etnia gitana. Sí parece más clara la colisión de de esta actuaciones con las previsiones del Programa de Estocolmo respecto a la discriminación, que califica como inaceptable en todas sus formas. Para prevenir la discriminación determina que “la UE y los Estados miembros deben hacer un esfuerzo concertado para integrar plenamente en la sociedad a los grupos vulnerables, en especial a la comunidad gitana...”. El hecho de resaltar específicamente a la etnia gitana pone aún más en cuestión la actuación de Francia en este ámbito.

¹³⁷ www.elpais.com/articulo/internacional/UE/amenaza/sancionar/Francia/elpepuint/20100915elpepuint_2/Tes <http://www.publico.es/internacional/332869/bruselas/vuelve/carga/expulsion/gitanos/francia>. http://www.elpais.com/articulo/internacional/claves/conflicto/Comision/Europea/Francia/expulsion/gitanos/rumanos/elpepuint/20100915elpepuint_9/Tes. www.elmundo.es/elmundo/2010/10/19/union_europea/1287485428.html.

¹³⁸ El Ayuntamiento del municipio granadino de Motril llevó a cabo durante el mes de noviembre de 2010, según la versión oficial, unos “retornos voluntarios” de ciudadanos rumanos de etnia gitana que residían en asentamientos en su término municipal a su país de origen. Diversas entidades sociales por el contrario han puesto en duda la voluntariedad de estas repatriaciones y su compatibilidad con el respeto a los derechos de los que son titulares estas personas como ciudadanos de la UE. Ver en: www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=831&Itemid=63 (07/11/2011)

¹³⁹ Ver en: <http://www.presseurop.eu/es/content/article/623841-la-reforma-de-schengen-no-sirve-de-mucho> (04/11/2011) <http://es.euronews.net/tag/espacio-de-schengen/> (04/11/2011)

De la situación descrita es fácil deducir que los tratados de la Unión Europea han perdido la oportunidad de otorgar un verdadero contenido político y democrático a la ciudadanía europea mediante su vinculación a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹⁴⁰. Y ello a pesar de que es valorable que el Preámbulo de la CDFUE (en vigor desde la reforma operada en el Derecho originario de la UE por el Tratado de Lisboa) determine, al menos desde una perspectiva formal, que la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y los derechos fundamentales son principios generales del Derecho comunitario. Eso sí, con la importante matización de que la CDFUE se refiere exclusivamente a los ciudadanos de la Unión, reafirmando la vinculación de la ciudadanía europea a la nacionalidad de los Estados miembro¹⁴¹.

Además de las dudas que acabamos de señalar respecto a la “construcción ciudadana” de la Unión es necesario subrayar la ausencia de una cobertura constitucional para esa ciudadanía europea¹⁴². Y no es una opinión aislada, ya que precisamente una de las grandes aspiraciones de la Unión en los últimos años ha sido dotarse de esa legitimidad constitucional. La primera apuesta sería en este sentido fue el Tratado para la aprobación de una Constitución Europea, cuyo rechazo en referéndum en Francia y Holanda en el año 2005 y su posterior paralización ha constituido uno de lo más sonoros fracasos de todo el proceso de construcción europea. Es difícil aventurar un análisis en profundidad de las motivaciones reales del rechazo de franceses y holandeses a este tratado, ya que no se puede obviar que claves internas nacionales jugaron un importante papel en ambos referéndums, pero no es descabellado afirmar que la visión que tienen los ciudadanos europeos de la Unión como una pesada maquinaria burocrática, opaca, alejada de la ciudadanía y con una escasa legitimidad democrática fue un factor también decisivo. Y desde luego que el proyecto de tratado constitucional no proponía soluciones para superar esas fallas estructurales de la

¹⁴⁰ En este sentido GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; *Inmigración y derechos fundamentales...cit.*, p. 35.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro; “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista de Derechos de la Unión Europea* nº1. 2º semestre 2001, pp. 45-58.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen, “La constelación postnacional...cit.

Unión Europea, antes bien casi parecía una apuesta por su consolidación definitiva.

Tras el fracaso de la coloquialmente conocida como “Constitución europea”, se puso en marcha en el seno de la Unión un nuevo proceso para intentar dotarse de cierta legitimidad “pseudo-constitucional”, proceso que concluyó con la aprobación y entrada en vigor del citado Tratado de Lisboa, que no es más que una versión del inicial tratado constitucional más modesta en aspiraciones. Pero el procedimiento de aprobación del Tratado de Lisboa no se vio libre de la falta de entusiasmo de la ciudadanía de la UE que obligó a abandonar el proyecto del Tratado para la aprobación de una Constitución Europea. También se pusieron de relieve en él las dificultades para que los ciudadanos europeos se sientan implicados en una construcción política europea de la que no se consideran actores protagonistas. Así, los irlandeses rechazaron en un primer momento mayoritariamente la ratificación del Tratado de Lisboa por la República de Irlanda, lo que puso al borde de un nuevo grave revés a la “construcción europea”, situación que se salvó cuando Irlanda dio su visto bueno al tratado en un segundo referéndum¹⁴³.

¹⁴³ El primer referéndum se celebró en junio de 2008, inclinándose el 53,4% de los votantes por el no. En el segundo intento (octubre de 2009), la ratificación del tratado recibió un apoyo de un 67,1%. www.elpais.com/articulo/internacional/Irlanda/ratifica/referendum/Tratado/Lisboa/elpepuint/20091003elpepuint_4/Tes

II.2) LA CIUDADANÍA CÍVICA.

No cabe duda que es en el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de los residentes extranjeros de terceros países en la Unión Europea donde la ciudadanía europea evidencia mayores carencias. En este sentido, hay autores que critican la instauración de una “Europa de dos velocidades”¹⁴⁴, no con el significado que habitualmente se utiliza respecto a la existencia de Estados miembro de la UE con una mayor o menor implicación con el impulso del proyecto europeo, sino poniendo de relieve que la ciudadanía europea establece la existencia de “ciudadanos” (nacionales de los Estados miembro) y “no ciudadanos” (residentes extranjeros de terceros países). También hay quien afirma que la ciudadanía europea en su configuración actual “extranjeriza” y excluye a parte de la población real de la UE, alejándose de la fuerza incluyente del principio democrático¹⁴⁵.

Ya hemos indicado que a la ciudadanía europea se le puede reconocer que realiza una aportación novedosa al proceso de desvinculación entre ciudadanía y nacionalidad. La propuesta político-jurídica que representa la ciudadanía europea tiene como principal reto determinar si existe un “demos transnacional europeo” detrás de ella. Para ello existen esencialmente dos vías: afirmar un prius cultural y axiológico previo (identidad cultural europea) o renunciar a ello y crear el demos a través del Derecho¹⁴⁶. Optar por una u otra tiene una gran repercusión respecto a los derechos fundamentales de los residentes extranjeros de terceros países (muy especialmente en lo referente a sus derechos políticos). Bajo nuestro punto de vista, la vinculación de la ciudadanía europea a la nacionalidad de un Estado miembro apunta en cierto modo a una posible

¹⁴⁴ DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso; *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos y constitucionalismo*. Dykinson. Madrid, 2003, p. 87.

¹⁴⁵ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; *La integración política de los inmigrantes...* cit., p. 117.

¹⁴⁶ LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; *Los derechos de participación de los extranjeros...* cit., pp. 188-190.

“identidad cultural europea”¹⁴⁷ y por ende a la necesidad de forma parte de ese sustrato personal previo (ser nacional de un Estado miembro) para aspirar a la plenitud de derechos que conlleva la ciudadanía europea. Partiendo de la anterior premisa, han existido algunas iniciativas para facilitar la integración de los residentes extranjeros de terceros países desde la perspectiva de la ciudadanía. La más destacada es la conocida como “ciudadanía cívica”, que será objeto de nuestra atención en las siguientes líneas.

Este concepto partió de una Comunicación de la Comisión Europea del año 2000 (COM-2000-757, de 22 de noviembre), a través de la cual se pretendía acercar a los residentes extranjeros a la ciudadanía europea, siguiendo las recomendaciones del Consejo Europeo de Tampere (1999)¹⁴⁸, como política de integración de los inmigrantes en la UE basada en un conjunto común de derechos referenciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En la misma dirección transita el Comité Económico y Social Europeo -CESE- en sus Dictámenes 365/2002, 593/2003 y 1169/2006. Algunos autores vislumbran dos interpretaciones distintas respecto a la ciudadanía cívica en la Comisión Europea y en el CESE: para la Comisión sería un status privilegiado de los residentes de terceros países asentados más establemente en la UE, pero diferenciado de la ciudadanía europea, mientras que el CESE realiza una interpretación más extensiva y pretende equiparar la ciudadanía cívica a la europea¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Sostener ese sustrato “identitario” cultural previo, teniendo en cuenta la diversidad de la actual UE de los 27, es ciertamente una alambicada ficción histórica y política, ya que hay serias dificultades para encontrar el nexo común cultural entre Letonia y Portugal, entre Chipre y Luxemburgo... Sin embargo, además de las consecuencias sobre los derechos fundamentales de los residentes extranjeros que conlleva su afirmación y que analizamos en estas líneas, la “identidad cultural europea” se está esgrimiendo desde hace años por aquéllos que se oponen al ingreso de determinados candidatos a formar parte de la Unión (principalmente Turquía). En este sentido también fue bastante reveladora la polémica respecto a la posible inclusión (no llevada a cabo finalmente) de una referencia a las “raíces cristianas de Europa” en el Tratado para la aprobación de una Constitución Europea, auspiciada por algunos partidos conservadores europeos y representantes de las iglesias cristianas de Europa. Es destacable el seguimiento de la repercusión pública de esta cuestión contenida en RUIZ, Antonia M^o y SAMPEDRO, Víctor; La Constitución Europea en la prensa española de ámbito nacional: un análisis comparativo de El País, El Mundo y ABC. DT 1/2005. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Madrid, 2005.

¹⁴⁸ Establecía como regla general el principio de trato justo a los residentes de terceros países en la Unión Europea.

¹⁴⁹ LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros... cit., pp. 190-193.

Sin embargo, la norma que debería haber materializado desde la perspectiva jurídica vinculante la ciudadanía cívica (Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre sobre el estatuto de residentes extranjeros de larga duración) no le dio continuidad a la iniciativa. Eso sí, como consecuencia del citado principio del trato justo a los residentes de terceros países establecido en Tampere¹⁵⁰, la Directiva 2003/109/CE reconoce ciertos derechos para los residentes extranjeros de larga duración (con una residencia superior a los 5 años) como la circulación dentro de la UE bajo ciertas condiciones e igualdad en materia de empleo, educación, seguridad y asistencia social, libertad de asociación y protección reforzada frente a la expulsión.

Más allá de lo estrictamente conectado con la ciudadanía cívica, debemos hacer referencia a la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que evidentemente tiene una especial incidencia en los residentes de terceros países en el territorio de la Unión. Esta norma comunitaria ordena a los Estados miembro establecer procedimientos judiciales, administrativos y de conciliación como mecanismos de protección frente a la discriminación. Es destacable de estos procedimientos la inversión de la carga de la prueba (salvo en los procesos penales), la legitimación activa para personas jurídicas con interés legítimo y medidas de protección a favor de los perjudicados.

En España no se han establecido de forma específica los mecanismos previstos por la Directiva 2000/43/CE. El art. 23 de la LO 4/2000 relaciona qué actos deben considerarse como discriminatorios, distinguiendo entre directos e indirectos tal como se contempla en el art. 1 de la Directiva. Pero a reglón seguido el art. 24 LO 4/2000 remite al procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 de la Constitución como vía de protección frente a la discriminación, sin crear los referidos instrumentos exclusivos para casos de discriminación¹⁵¹. Hay quién señala que la solución arbitrada

¹⁵⁰ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; Inmigración y derechos fundamentales... cit., p. 31.

¹⁵¹ En enero de 2011 el Gobierno español, a través del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, elaboró un Anteproyecto de "Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación". Hace referencia expresa a la señalada directiva y al propio Tratado de Lisboa como antecedentes del anteproyecto y ya incluye elementos como la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación, nuevas

por el art. 24 LOEX genera dudas, si se interpreta a la luz de la Directiva, respecto a cuestiones como la legitimación activa, la competencia, la tipología de recursos posibles, el ámbito de derechos cubiertos o la posibilidad de medidas cautelares...¹⁵².

Por lo expuesto podemos concluir que, a pesar de alguna iniciativa aislada que han tenido el escaso recorrido político-jurídico analizado, la cuestión de la ciudadanía de los residentes de terceros países ha tenido un peso marginal tanto en el proceso de elaboración del fallido Tratado Constitucional UE como en el finalmente adoptado Tratado de Lisboa. Ello ha reafirmado una visión eminentemente “securitaria”, economicista y funcional de la inmigración. Esta situación adquiere su verdadera su dimensión cuando se confirma que la falta de un verdadero interés por avanzar en una ciudadanía europea incluyente para los residentes extranjeros de terceros países tiene un efecto directo en el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de alrededor de 19,5 millones de personas en la UE de los 27¹⁵³. En el caso de España, esa cifra supera largamente los 3 millones de personas¹⁵⁴.

definiciones entorno al concepto de discriminación, la creación de una “Autoridad Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación” como órgano específico para prevenir actos de discriminación y a través del cual se llevarán procesos de conciliación en esta materia. También prevé establecer infracciones y sanciones administrativas. Por lo tanto, en gran medida incorpora las grandes líneas de la Directiva 2000/43/CE, salvo quizás el establecimiento un proceso judicial especial para casos de discriminación. Sin embargo, el adelanto electoral ha paralizado la tramitación de esta iniciativa, que además no parece estar entre las prioridades del futuro nuevo Gobierno de España. Ver en: www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/771F0CFD-9B4C-49BA-A580-4D5167065E55/135191/LIT7ENERO2011.pdf (07/11/2011)

¹⁵² MARTÍN, L.V. de, MARAÑÓN, T. y ALARCÓN, I.; El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 71-72.

¹⁵³ Según el Eurostat yearbook 2010 (Comisión Europea), en la Europa de los 27 el número de residentes extranjeros de terceros países asciende a 19.476.088 (datos a 1 de enero de 2008). Por supuesto, si se incluyeran las personas de terceros países en situación documental irregular, de las cuáles no existen estimaciones oficiales fiables, esta cifra se vería incrementada en varios millones más. Centrándonos en esos 19,5 millones que sí aparecen en el “Eurostat” de 2010, como dato comparativo revelador se podría destacar que tan sólo la población “nacional” de 6 países de la UE superan en número a este colectivo. Ver en: www.epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-10-220/EN/KS-CD-10-220.EN.PDF (07/11/2011)

¹⁵⁴ Datos del Padrón a 1 de enero de 2011 (datos provisionales a 4 de abril de 2011), que establecía la existencia de 5.730.667 personas extranjeras empadronadas en España, 3.205.100 de países no UE. Hay que tener en cuenta que en el caso de España el Padrón sí es un instrumento hasta cierto punto fiable a la hora de estimar la población extranjera real, ya que en él se pueden inscribir, por ahora, las personas en situación documental irregular. Y efectivamente así lo suelen hacer, ya que estar empadronado es requisito para ejercer derechos básicos como el acceso a la educación o a la sanidad. Según el segundo informe trimestral del Ministerio de Trabajo e Inmigración en materia de inmigración, 5.144.269 personas extranjeras tenían un certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor (de régimen general o comunitario) a 30 de junio de 2011.

Bajo nuestro punto de vista, la ciudadanía europea, con los derechos que otorga a los nacionales de los Estados miembros de la Unión en el espacio comunitario, ha venido a plasmar fielmente en la realidad socio-jurídica europea la teoría de la “ciudadanía jerárquica” de Stephen Castles¹⁵⁵.

La “ciudadanía jerárquica” también tiene su reflejo en el ámbito interno de cada Estado-nación europeo. La combinación de la ciudadanía europea con las diferentes políticas/sistemas normativos de ciudadanía de sus Estados miembros establece en el espacio sociopolítico-jurídico de la Unión Europea, y por ende en España, un verdadero “sistema de castas” en lo que respecta al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales vinculados a la ciudadanía. El cuadro que reproducimos a continuación intenta describir las diferentes categorías en las que los ordenamientos jurídicos europeos dividen a las personas que residen en los Estados de la Unión:

Siendo conscientes de las variaciones que haya podido sufrir el Padrón entre enero y junio de 2011, y de la incidencia de las personas que tienen residencia por estudios, es reseñable que haya una diferencia de más de 500.000 personas entre extranjeros empadronados y aquéllos que tienen en vigor un certificado o tarjeta de residencia, lo que puede servir, con todas las prevenciones, de orientación respecto al volumen de personas extranjeras en situación administrativa irregular. <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t20/e245/p04/provi&file=pcaxis> (07/11/2011) http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica/Informes/Extranjeros30Junio2011/Archivos/Tablas_PR_30062011.pdf (07/11/2011)

¹⁵⁵ Ya se ha expuesto que Castles afirma que existe una jerarquía internacional de ciudadanía, es decir, “ad extra” Estado-nación. Ver la clasificación que realiza en CASTLES, Stephen; ob. cit., p. 31

Nacionales del país	Ciudadanía plena (le son reconocidos la totalidad de los derechos políticos, civiles y sociales).
Residentes nacionales de Estados miembro de la Unión Europea (ciudadanía europea)	Ciudadanía parcial (se reconoce los derechos civiles y sociales casi en plenitud; los políticos de forma parcial, incluyendo el sufragio en elecciones municipales y europeas).
Frontera de los derechos políticos/de la ciudadanía	
Residentes nacionales de terceros países en situación documental regular	Excluidos de la ciudadanía (ya que carecen de los derechos políticos fundamentales, los vinculados al sufragio, salvo lo dispuesto en algunos Estados UE en el ámbito municipal). Reconocimiento de derechos civiles y sociales a un nivel inferior y condicionado.
Frontera de la existencia político/jurídica	
Nacionales de terceros países en situación documental irregular	Inexistencia político-jurídica. Tienen totalmente vetados los derechos de participación electoral. Reconocimiento de algunos derechos civiles y sociales desde una perspectiva humanitaria.

Como concreción de la anterior clasificación general, nos parece muy pertinente la “subdivisión” que proponen Durán y Martín¹⁵⁶ para la “casta” de los residentes extranjeros de terceros países en el espacio político, jurídico y territorial de la UE:

- 1) Extracomunitarios asimilados en gran medida a los nacionales de la Unión Europea. En concreto, los miembros del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia, Liechtenstein) y Suiza. Eso sí, no tienen acceso a los derechos políticos vinculados a la ciudadanía europea.
- 2) Extranjeros cualificados: asilados y refugiados.
- 3) Extracomunitarios privilegiados: nacionales de países con convenio de especial asociación con la UE (p.ej. Turquía y Marruecos)
- 4) Extracomunitarios sin privilegios: el resto.

¹⁵⁶ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., pp. 135-136.

Respecto a los extranjeros en situación documental irregular que se encuentran en la Unión, consideran que gozan del citado “estándar mínimo internacional” respecto a los Derechos Humanos, basado esencialmente en el CEDH, CSE y CDFUE, como tratados específicos europeos. Desde un punto de vista formal, podríamos compartir la existencia de ese “estándar” desde la señalada perspectiva humanitaria, aunque en el ámbito material las últimas decisiones políticas y normativas que se enmarcan dentro de lo que se conoce como «política migratoria europea»¹⁵⁷ pone en serias dudas la virtualidad práctica de ese mínimo inalienable de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de las personas en situación documental irregular.

En esta línea ya hemos aludido al concepto de “estratificación cívica”, que coincide en gran medida con las bases de lo que hemos definido como “sistema de castas”. En concreto, Morris afirma que se ha dividido a los residentes extranjeros en múltiples estratos, dependiendo del tipo de permiso de trabajo, estancia o residencia que ostentan (o de la ausencia de estos permisos), y a cada uno de esos estratos se le ha asignado un tipo determinado de derechos¹⁵⁸.

Este sistema de categorías de personas es a nuestro juicio un atentado directo contra el principio democrático, la justicia social y el propio principio de igualdad. En un Estado que merezca ser calificado como democrático, en una organización interestatal que se precie de estar construida sobre las grandes declaraciones que reconocen y pretenden defender los derechos fundamentales de todas las personas, es inadmisibles que se certifique política y jurídicamente que personas que forman parte efectiva y real de sus sociedades sean consideradas como “ciudadanos de una sola vía” (vinculados por todos los deberes sin el correlativo reconocimiento de sus derechos ciudadanos). De suma gravedad es la situación de los residentes extranjeros en situación documental irregular, que se encuentran en unas circunstancias análogas a las de la antigua condena de “muerte civil”.

¹⁵⁷ Junto a diversas iniciativas de los Estados miembro en sus ámbitos competenciales nacionales, como puede ser los casos de Francia, Italia o España, entre otros.

¹⁵⁸ MORRIS, Lydia; ob.cit.

El “sistema de castas ciudadanas” incide de manera singular en el principio de igualdad. Dicho sistema supone una flagrante quiebra del mismo desde cualquier perspectiva que se analice: tanto desde su dimensión liberal (prohibición del arbitrio), como desde la democrática (prohibición de exclusión de los grupos minoritarios) y especialmente desde la social (posibilidad de discriminación positiva a favor de los grupos desfavorecidos). De esta manera acaba socavando la propia dignidad humana, que es el fundamento de todas estas dimensiones, y que conlleva una prohibición expresa de la existencia de diferentes categorías de ciudadanos¹⁵⁹.

Desde los planos social, jurídico y político se ha ido forjando una “teoría del estigma” para justificar la discriminación y la violación del principio de igualdad como derecho de igual ciudadanía, el cual impide que nadie sea tratado como miembro de una casta inferior, dependiente o no participante. La igualdad debería tener la consideración de derecho que protege contra la degradación y la imposición del estigma de la mayoría frente a los diferentes¹⁶⁰.

¹⁵⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando; “Igualdad y discriminación. Estrategias contra la discriminación, las castas y la ciudadanía debilitada”, en VVAA; *La inclusión del otro: Más allá de la tolerancia*. Biblioteca de Ensayo. Córdoba, 2007, pp. 53 y ss.

¹⁶⁰ KARST, Kenneth; *Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*. Harvard Law Review nº191. Noviembre 1971, pp. 1-68.

II.3) UNA POLÍTICA MIGRATORIA EUROPEA RESTRICTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El fenómeno migratorio se ha venido tratando de una forma dispersa y fragmentaria en el ordenamiento jurídico comunitario, situación en la que ha sido determinante el hecho de que los distintos Estados miembro mantengan amplias competencias nacionales en materia de entrada, estancia y salida de los extranjeros. Ahora bien, los Estados cuentan con el límite del obligado respeto a los Derechos Humanos plasmados en los tratados internacionales (en el caso de España el Tribunal Constitucional lo recuerda de forma expresa en la STC 24/2000, de 31 enero), en el marco del reiterado “estándar mínimo internacional”, y también con el límite de una incipiente “política migratoria común” que intenta marcar unas directrices homogéneas para toda la Unión y superar las aludidas carencias del ordenamiento comunitario en la materia.

El punto de partida de una política migratoria común en el seno de la Unión Europea se localiza en el Tratado de Ámsterdam, dentro de lo que viene a llamarse Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Tras el Tratado de Ámsterdam, el siguiente hito en esta política común se sitúa en el Consejo Europeo celebrado en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999 bajo la presidencia de turno finlandesa. De nuevo en el ámbito de “una Unión de Libertad, Seguridad y Justicia”, las conclusiones¹⁶¹ del Consejo incluyen un apartado denominado “Una política de asilo y migración común de la Unión Europea”, respecto de la cual se afirma que debe tener en cuenta que

“...sería contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio. Por esta razón, la Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta

¹⁶¹ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (07/11/2011)

al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos. Los principios en los que deben basarse estas políticas han de ser claros para nuestros propios ciudadanos y, además, han de ofrecer garantías a las personas que busquen protección en la Unión Europea o traten de entrar en ella”.

Esa política común que debería regirse por los siguientes principios:

- 1) Colaboración con los países de origen.
- 2) Sistema común europeo de asilo.
- 3) Trato justo a los nacionales de terceros países.
- 4) Gestión común de los flujos migratorios.¹⁶²

En el Consejo de Tampere se establecieron unas bases que permitían construir una política común de la UE en materia migratoria con un nivel de respeto de los Derechos Humanos de las personas inmigrantes relativamente satisfactorio. Así, por ejemplo, el “*enfoque global*” sobre el fenómeno migratorio (en el que debe tenerse en cuenta las condiciones socioeconómicas y de Derechos Humanos de los países de origen o cuestiones como el codesarrollo) o el principio de trato justo a los residentes extranjeros de terceros países (que fomenta la progresiva “*inclusión*” de los mismos en la ciudadanía europea y en un estatuto “*equiparable*” a los nacionales de los Estados miembro). Eso sí, no olvidó el Consejo de Tampere hacer referencia a la necesidad de reforzar de forma coordinada el control fronterizo y el combate de la inmigración por vías irregulares en la UE, así como la mayor implicación en lo anterior de los países de origen y de tránsito.

Sin embargo, esa política común pronto empezó a priorizar de forma acusada su vertiente de control, seguridad y represión de los flujos migratorios irregulares, dejando en un segundo plano los objetivos de integración y ciudadanía fijados en Tampere. Una buena muestra de ello la encontramos en el Consejo Europeo de Sevilla de 21 y 22 de

¹⁶² Estos principios fueron transmitidos al Parlamento UE a través de la COM 2000-757.

junio de 2002, celebrado bajo presidencia de turno española, en cuyas conclusiones¹⁶³, a pesar de comenzar su apartado dedicado a inmigración y asilo afirmando que *“El Consejo Europeo tiene la firme intención de activar la ejecución, en todos sus aspectos, del programa aprobado en Tampere...”*, se aprecia un claro giro hacia políticas de seguridad y marcadamente *“utilitaristas”* a la hora de fijar las directrices de la política de inmigración y asilo común.

En el Consejo de Tampere predominaban las alusiones al *“enfoque global”* del fenómeno migratorio, al *“trato justo”* a los residentes de terceros países y a la progresiva equiparación de estos residentes a los titulares de la ciudadanía europea y al estatuto de los nacionales de los Estados miembro de la UE. Sin embargo, en el Consejo de Sevilla se vinculan las políticas de integración a la *“capacidad de acogida”* y a su equilibrio con *“la lucha contra la inmigración ilegal”*; recuerda que la integración entraña *“tanto derechos como deberes”* y vincula de forma explícita la cooperación al desarrollo y los acuerdos de asociación con la colaboración de los posibles países destinatarios en la represión de de la inmigración por vías irregulares (principalmente a través del control de sus fronteras y con los compromisos de readmisión de sus nacionales y de los que no lo sean pero hayan utilizado su territorio como vía de acceso a la UE). Bajo nuestro punto de vista, el cambio de la orientación política del discurso de las conclusiones de ambos consejos es notable y especialmente llamativa por el corto espacio de tiempo transcurrido entre uno y otro (menos de 3 años).

Otro documento relevante en este ámbito es el 14615/04 de 19 de noviembre del Consejo Europeo¹⁶⁴, que pretendía establecer unos *“principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la Unión Europea”*. La incidencia práctica del contenido del documento se anunciaba relativa desde su aprobación, ya que el mismo señalaba su carácter orientativo y no vinculante, aunque sin embargo alguno de los principios que proponía sí son interesantes por la dirección política que señalan:

¹⁶³ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/72639.pdf (07/11/2011)

¹⁶⁴ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/jha/82875.pdf (07/11/2011)

9. *"La integración es un proceso bidireccional...de ajuste mutuo...por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembro".*
10. *"La integración implica el respeto de los valores básicos de la Unión Europea"*
11. *"El empleo constituye una parte fundamental del proceso de integración..."*
12. *"Un conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida es indispensable para la integración..."*
14. *"El acceso de los inmigrantes a las instituciones y a los bienes y servicios... públicos y privados, en las mismas condiciones que los ciudadanos nacionales...es un requisito esencial para una mejor integración"*
17. *"La participación de los inmigrantes en el proceso democrático..., especialmente a nivel local, favorece su integración".*

Estos principios mezclan elementos que apuestan por una integración que pueden incardinarse en las "coordenadas de la ciudadanía" (bidireccionalidad, acceso a servicios en condición de igualdad y fomento de la participación política), con otros que se sitúan en una perspectiva más utilitarista y defensiva frente a la inmigración ("advertencia preventiva" respecto al respeto de los valores de la UE, vinculación de la integración al empleo y necesidad de mostrar la integración lingüístico-cultural).

Cerramos esta primera aproximación genérica a las políticas de inmigración y control de fronteras de la UE con una sucinta referencia al tratamiento de las mismas en los "tratados constitucionales". En el fallido proyecto del Tratado para una Constitución de la UE, dentro del ámbito del espacio de libertad, justicia y seguridad, se intentó establecer políticas comunes en estas materias. Así lo hacía en su art. III-265 respecto al control de fronteras y en el art. III-267 en lo concerniente a la inmigración específicamente. Destaca sobre todo que estas políticas se seguían tratando desde la perspectiva de la represión y control de la inmigración por vías irregulares y que los Estados miembro, a pesar de

que se intentaba establecer una coordinación y directrices comunes (y de que ya estaban en marcha iniciativas como el “espacio Schengen”), mantenían amplias competencias nacionales, en la línea de los distintos instrumentos normativos de la UE sobre la materia analizados más arriba. En este campo el Tratado de Lisboa no representa grandes novedades. El art. 3 TUE (versión consolidada tras el Tratado de Lisboa) insiste en la construcción de un espacio de libertad, justicia e igualdad y el Tratado de Funcionamiento de la UE (versión consolidada tras el Tratado de Lisboa) dedica los arts. 77 a 80 a las políticas de “controles en las fronteras, asilo e inmigración” en unos términos muy parecidos que el tratado constitucional. Así, el art. 77 establece:

“1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

...b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;

c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores....

y el art. 79 TFUE dispone:

“1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas...”

3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países...

4....medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio...

5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo...”

Podemos concluir pues que en materia de inmigración se imponen los discursos de seguridad y control sobre los de integración y ciudadanía. Compartimos la percepción de que existe una “competición restrictiva”¹⁶⁵ en la normativa migratoria en los Estados miembro de la UE, lo que establece una doble tensión en el proceso de construcción de una política migratoria común en la UE: por un lado la resistencia de estos Estados a abandonar las competencias nacionales en el control de los flujos migratorios y por otro la presión para que la política migratoria común, en los espacios competenciales que va ganando con dificultad, esté presidida por el citado espíritu represivo¹⁶⁶. Algo que podemos constatar en las principales herramientas político- jurídicas de las que se ha dotado la Unión en los últimos años para la gestión de las migraciones en su territorio.

II.3.a) La Directiva sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Sin lugar a dudas, la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹⁶⁷ ha supuesto un salto cualitativo en el endurecimiento de las políticas migratorias y en la vulneración de los derechos fundamentales

¹⁶⁵ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; Inmigración y derechos fundamentales... cit., p. 41.

¹⁶⁶ Destacadas voces de la sociedad civil europea han denunciado que estas políticas de la UE son difícilmente compatibles con un respeto escrupuloso de los Derechos Humanos de las personas migrantes, que al fin al cabo son los destinatarios principales (casi podría decirse que únicos) de las mismas. Nos parece destacable el informe 2009-2010 “En las fronteras de Europa. Controles, confinamientos, expulsiones” de la red euro-africana de colectivos sociales “Migreurop” (www.migreurop.org), donde se ponen de relieve prácticas ciertamente preocupantes en el control de fronteras de la UE (tanto en las geográficamente “propias” como en las “externalizadas” en países del Norte de África y el Sahel) y en los procesos de devolución/expulsión de migrantes en situación documental irregular. Disponible en: http://www.migreurop.org/IMG/pdf/Informe_Migreurop_2010_-2-121110.pdf (07/11/2011)

¹⁶⁷ Diario Oficial de la Unión Europea L348/98 de 24 de diciembre de 2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:ES:PDF> (07/11/2001)

de la personas extranjeras que se encuentran en situación documental irregular en el ámbito de la Unión Europea.¹⁶⁸

La directiva puede ser cuestionada desde argumentos de índole social, política e incluso moral, en la medida que supone un claro retroceso en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Pero incluso desde un punto de vista estrictamente jurídico, difícil encaje puede tener tanto el espíritu como muchas de las medidas concretas contenidas en la directiva en cuestión en una estructura político-jurídica democrática avanzada protectora de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, que es en teoría la aspiración de la Unión Europea.

Los defensores de la Directiva afirman que se trata de un acuerdo de mínimos que no obliga a aquellos Estados miembro que tengan una normativa más protectora a modificarla, y sin embargo pone límites a aquellos países de la Unión cuya legislación no los contemplaba en esta materia. No podemos compartir esta argumentación, ya que consideramos que lo especialmente grave de esta norma comunitaria es el rumbo que marca, la “hoja de ruta”¹⁶⁹ que fija para las políticas de gestión de las migraciones de la Unión Europea y, al mismo tiempo, para su política de ciudadanía. Respecto a las primeras, la confirmación de una visión exclusivamente utilitarista, economicista y basada en criterios de seguridad. En lo concerniente a la segunda, el afianzamiento del “sistemas de castas”, aceptando la existencia de diferentes clases

168 El art. 20.1 de la directiva establecía como plazo máximo el 24 de diciembre de 2010 para trasponer el contenido de la misma a los ordenamientos internos de los Estados miembro. De esta manera, además de las modificaciones obligadas por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, otra de las motivaciones principales de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LO 4/2000, fue la trasposición de la Directiva 2008/115/CE. Nos detendremos a analizar los principales aspectos de la LO 2/2009 en su momento. Desde una perspectiva comunitaria, una vez llegada la señalada fecha límite para la trasposición de la directiva, tan sólo nueve países miembro de la UE comunicaron a las instituciones europeas las medidas normativas internas establecidas con este objetivo: Bélgica, Eslovaquia, España, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania, República Checa y Suecia. A noviembre de 2011, Dinamarca, Alemania, Irlanda, Chipre, Polonia y Reino Unido todavía no habían comunicado la ejecución de la trasposición. [www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0115:ES:NOT\(07/11/2011\)](http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0115:ES:NOT(07/11/2011))

169 Como confirman, entre otros instrumentos políticos y normativos de la UE, el Pacto europeo sobre Inmigración y Asilo, el Programa de Estocolmo y la Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, a los que aludiremos en el próximo apartado.

de ciudadanos en función de los niveles de protección de sus derechos fundamentales.

La conocida como “directiva retorno” merece un extenso y minucioso análisis debido a sus repercusiones en los derechos fundamentales de los extranjeros que se encuentran en situación documental irregular en territorio de la Unión Europea. Aunque sobrepasa el objeto de estudio de esta tesis doctoral un análisis de ese perfil, no podemos dejar de hacer referencia a algunos aspectos concretos de la directiva especialmente preocupantes. En concreto, merecen nuestra crítica las siguientes previsiones:

- 1) Las detenciones de carácter gubernativo de ciudadanos extranjeros no comunitarios en situación administrativa irregular de hasta 6 meses, ampliables a 18 meses (art. 15 y ss Directiva 2008/115/CE)¹⁷⁰.
- 2) La posibilidad de someter a menores extranjeros no acompañados a la citada detención administrativa (art. 17 Directiva 2008/115/CE). Bajo nuestro punto de vista, esta circunstancia constituye una flagrante violación del principio de prevalencia del interés superior del menor en toda decisión administrativa, judicial o de cualquier tipo que le afecte, reconocido en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989, en el ámbito internacional, y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el español¹⁷¹.

¹⁷⁰ Además del desmesurado plazo de retención, que puede llegar hasta los 18 meses, las garantías procesales previstas en la Directiva también dejan mucho que desear: El art. 15.2 de la misma determina que el internamiento puede ser decidido por una autoridad administrativa que establecerá un control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá decidirse lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento...¿Qué plazo, desde un punto de vista jurídico, es “rápido”?; ¿setenta y dos horas?, ¿dos meses?... y los arts. 12 y 13 permiten que sea posible que en un Estado de la Unión una persona pueda terminar expulsada tras 18 meses de internamiento y con una prohibición de entrada de 5 años sin haber contado con asistencia jurídica gratuita a pesar de reunir las condiciones para obtenerla, sin tener acceso a un servicio de traducción adecuado y sin poder interponer recurso ante un órgano de carácter judicial.

¹⁷¹ Y ya no sólo un atentado contra el interés superior del menor, sino un desafío a la lógica y al sentido común supone la posibilidad de que un menor extranjero no acompañado pueda ser repatriado a un país distinto al de origen (a un país de tránsito en el proceso migratorio del menor, por ejemplo), algo posible según lo dispuesto por los arts. 3, 10 y 17 de la Directiva.

- 3) La prohibición de entrada en territorio de la Unión Europea de 5 años para aquellos nacionales no comunitarios que hayan sido expulsados del territorio de la Unión por encontrarse en situación administrativa irregular (art. 11 Directiva 2008/115/CE)¹⁷².
- 4) El uso abusivo de conceptos jurídicos indeterminados a la hora de determinar y modular infracciones y sanciones. Llama especialmente la atención que las garantías procesales y la fundamentación jurídica de la posibilidad de privar de libertad a una persona por un periodo de hasta 18 meses, previstas en el art. 15 Directiva 2008/115/CE, se halle sostenida en su integridad en este tipo de figuras jurídicas, de las que precisamente se debe poner especial énfasis en evitar en el ámbito sancionador/penal del ordenamiento jurídico, como ha reiterado hasta la saciedad la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional¹⁷³.

Consideramos que el contenido del articulado de la Directiva entra en franca contradicción con las aspiraciones, previstas en su propia exposición de motivos, de establecer normas claras y transparentes, un proceso justo o la prevalencia del principio de proporcionalidad en el uso de medidas coercitivas en la repatriación de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de la Unión Europea,

II.3.b) Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Programa de Estocolmo y Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

En el análisis de la Directiva 2008/115/CE realizado en el apartado anterior hemos adelantado que la importancia de esta norma comunitaria

¹⁷² Acumular esta prohibición a la carga punitiva que supone por sí sola la expulsión (con sus consecuencias “colaterales” de ruptura social, económica y familiar), máxime cuando puede haber estado precedida de una privación de libertad de hasta 18 meses, hace imposible mantener la indemnidad del principio de proporcionalidad entre infracción y sanción que debe observarse con carácter general en el Derecho Administrativo Sancionador.

¹⁷³ Y casi de extravagante se podría calificar la obligación que parece querer imponerle la directiva al extranjero en situación documental irregular que se encuentra internado de colaborar en su propia expulsión.

reside, además de en su propio contenido sustantivo, en la línea política-jurídica que señala para el tratamiento de los flujos migratorios y el control de fronteras¹⁷⁴ por la Unión Europea desde su aprobación. Ello ha tenido su reflejo en diversos instrumentos políticos y normativos coetáneos o inmediatamente posteriores a la Directiva, en los que se confirma la sustitución de los principios del Consejo de Tampere, donde se priorizaba (con matices) la vía de la integración de los nacionales de terceros países, por otros que ponen mucho más el acento en el control desde la óptica de la seguridad y el utilitarismo económico de los flujos migratorios.

En las próximas líneas resaltaremos los elementos básicos de los, a nuestro juicio, principales instrumentos aprobados en el seno de la Unión en materia migratoria tras la conocida como “Directiva retorno”.

-Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo.

Entre los días 16 y 18 de octubre de 2008, bajo presidencia de turno de la UE francesa, se celebró un Consejo Europeo donde se concluye el “Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo”¹⁷⁵. El pacto se autodefine como un “*documento político*”, por lo que no tiene un carácter normativo vinculante, a pesar de lo cual tiene una importante repercusión en la consolidación de una dirección estratégica en estas materias que había tenido su inicio en el aludido Consejo de Sevilla de 2002. Esta dirección tuvo su confirmación normativa simultánea en el tiempo con la Directiva 2008/115/CE, que había sido aprobada en el Parlamento UE en junio de ese año 2008 y que contaría también con la aprobación del propio Consejo Europeo en diciembre.

El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo establece cinco compromisos base sobre los que deben girar las decisiones políticas y jurídicas de la Unión y de sus Estados miembro en los próximos años, que son:

¹⁷⁴ Y como consecuencia, en gran medida, el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países en el espacio de la Unión.

¹⁷⁵ Ver en: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf> (07/11/2011)

1. *Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro y favorecer la integración.*
2. *Luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito.*
3. *Reforzar la eficacia de los controles fronterizos.*
4. *Construir la Europa del asilo.*
5. *Establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre la migración y el desarrollo.*

Todos estos compromisos se caracterizan por poner en primer plano la seguridad y control de los flujos migratorios, dando un papel subsidiario y condicionado al resto de dimensiones que se deben tener en cuenta a la hora de afrontar este fenómeno. Incluso en el compromiso de “*Construir la Europa del asilo*”, donde en teoría la perspectiva humanitaria debe ser priorizada de forma casi absoluta, se intentan introducir elementos de control en los sistemas de reconocimiento y protección de asilo en la UE y en sus Estados miembro¹⁷⁶.

En el resto de compromisos la perspectiva “securitaria y utilitarista” es abrumadoramente dominante. Brevemente destacamos algunos elementos muy ilustrativos dentro de los referidos compromisos:

1. *Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro y favorecer la integración.*

La Unión Europea considera que la inmigración que ingrese en su territorio debe reunir una serie de características, todas presididas por el control y el utilitarismo económico-laboral:

¹⁷⁶ El pacto prevé la implantación de “...equipos europeos de personas encargadas de examinar las solicitudes con el fin de organizar la ayuda a aquellos Estados miembros que tengan que hacer frente a afluencias masivas de demandantes de asilo. Por otro lado, se organizará entre los Estados miembros de manera voluntaria un mejor reparto de aquellas personas que hayan obtenido el régimen de refugiados”.

- a) Ha de ser *elegida y concertada*.
- b) Debe estar *en función de las necesidades de su mercado de trabajo*.
- c) Ha de facilitar la llegada de *trabajadores altamente cualificados*, pero a la vez evitando la *fuga de cerebros* de los países empobrecidos (algo que se antoja ciertamente complejo).
- d) *La inmigración familiar se llevará a cabo en función de la capacidad de acogida de los Estados miembros y de la capacidad de integración de las familias*.
- e) Debe existir un *equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los migrantes*. Consideramos que este tipo de afirmaciones son ciertamente inapropiadas y peligrosas en un documento político del nivel del que nos ocupa. En primer lugar porque parece validar la afirmación de que existe un desequilibrio entre los derechos y los deberes de los nacionales de terceros países en la UE (en el sentido de que los primeros son superiores a los segundos), que se viene alimentando desde ciertas instancias mediáticas, políticas y sociales europeas. Lo anterior no se puede sostener desde la estricta realidad jurídica vigente en el ordenamiento comunitario y en el de los distintos Estados miembro, o incluso se podría defender que existe un desequilibrio en el sentido contrario. Y en segundo lugar, más preocupante aún es identificar como “obligaciones de los migrantes” el “*respeto a las leyes y a la identidad del país de acogida*”, ya que el respeto al ordenamiento vigente no es un deber que afecte de forma específica a las personas de origen inmigrante, sino que es común a todos los miembros de la sociedad, independientemente de la nacionalidad que ostenten. Insistir en esta cuestión de forma expresa para los residentes de terceros países parece querer señalar que en este colectivo hay un mayor peligro de incumplimiento de las leyes. Y por último, exigir el respeto a la identidad nacional del país miembro en el que resida es utilizar un lenguaje político que se aleja de los, en teoría, principios fundacionales del proceso de integración europea, que precisamente aspiraban, entre otras cosas, a superar las desastrosas consecuencias que en el continente

europeo ha tenido históricamente el ensalzamiento desmesurado de las identidades nacionales y conceptos similares.

2. *Luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito.*

Se sitúa la “*lucha contra la inmigración irregular*” en el centro de la gestión de las migraciones por parte de la UE. Como herramienta privilegiada en esa “*lucha*” se prioriza “*la cooperación con los países de origen y de tránsito de las migraciones*”, a través de la firma de “*acuerdos de readmisión*”, siendo uno de los objetivos principales que “*los extranjeros que se encuentren en situación irregular (abandonen) el territorio*”, para lo que “*los Estados miembros deberán cooperar entre ellos y recurrir a dispositivos conjuntos con el fin de garantizar el retorno de los extranjeros en situación irregular*” (en este ámbito se encuadra la Directiva 2008/115/CE). Por supuesto, el otro gran objetivo previo de esta política sería que las migraciones por vías irregulares que se dirigen a la UE “*no salgan, y si salen que no lleguen*” con el concurso de los recursos de la agencia europea “*Frontex*” y de los citados acuerdos con los países de origen y tránsito. Consideramos muy difícil defender la compatibilidad del art. 13.2 DUDH con la actuación de “*Frontex*” en algunas áreas geográficas, especialmente en las costas de África Occidental.

3. *Reforzar la eficacia de los controles fronterizos.*

Aunque en el Pacto se reconoce que el control de fronteras es una competencia nacional, en él se plasma el compromiso de los Estados miembro de “*emplear **todos los medios necesarios** disponibles para ejercer de forma eficaz esta responsabilidad*”. Por otra parte reafirma el papel de coordinación de la agencia “*Frontex*”, así como la necesidad de que los Estados UE realicen las aportaciones materiales necesarias para que la agencia pueda cumplir sus funciones. Por último, explicita el proceso de “*externalización*” de fronteras exteriores de la Unión,

corresponsabilizando en el control de los flujos migratorios que se dirigen hacia su territorio principalmente a países del Norte de África y el Sahel¹⁷⁷.

5. *Establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre la migración y el desarrollo.*

Lo más destacable de este apartado es lo que denomina como **“Planteamiento global sobre la migración”**, donde se vinculan la gestión de las migraciones con las políticas de desarrollo y la acción exterior de la UE y sus Estados miembro. Se señala como objetivo la conclusión de acuerdos con países de origen y tránsito de las migraciones, tanto para facilitar la expulsión y readmisión de las personas migrantes en situación documental irregular, en la línea que ya hemos tratado, como para incorporar aquellas nuevas perspectivas del *Planteamiento global sobre la migración*. En este sentido llaman la atención las siguientes disposiciones del Pacto: *“La cooperación con los países de origen será desarrollada para disuadir y combatir la inmigración irregular...La política de desarrollo estará mejor coordinada con la política migratoria con el fin de beneficiar el desarrollo de los países y regiones de origen de las migraciones”*. De lo anterior se desprende que la política de cooperación de la UE en aquellos países de origen/tránsito de los flujos migratorios quedará condicionada por las necesidades de la Unión y sus Estados miembro respecto a la gestión de dichos flujos. Esta cooperación condicionada podría tener serios problemas de compatibilidad con el principio político básico que debería guiar las políticas de desarrollo dirigidas a los países empobrecidos: la corrección de desigualdades que tiene su base en estructuras y acontecimientos históricos que se consideran injustos (como los procesos de colonización y

177 “Se reforzará la cooperación con los países de origen y de tránsito con objeto de permitirles que mejoren el control de sus propias fronteras”. Por lo expuesto, debemos entender la “externalización” como el proceso político-jurídico que tiene como objetivo que el control de acceso a la Unión Europea se extienda mucho más allá de sus fronteras geográficas mediante la implicación en el mismo de los países de origen y tránsito de las personas migrantes.

descolonización, entre otros). Dicha corrección se considera que debería articularse sin contrapartidas políticas por parte de los países receptores distintas al compromiso de la correcta gestión de los recursos recibidos vía cooperación.

La UE ha realizado un seguimiento del grado de consecución de los cinco compromisos principales del Pacto en sus primeros meses de vigencia, a través de un informe de la Comisión Europea de mayo de 2010 -COM (2010) 214-, en el que se insiste en la necesidad de reforzar los objetivos más marcadamente vinculados con la seguridad y las necesidades económico-laborales de la UE y sus Estados miembro. Como hemos adelantado, las cuestiones de ciudadanía, integración y de derechos fundamentales de las personas migrantes en la UE tienen un papel totalmente secundario en el Pacto, y por lo tanto también en el informe de la Comisión dedicado a su seguimiento.

-Programa de Estocolmo: “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”.

Este documento político fue impulsado por el Consejo Europeo bajo presidencia de turno sueca en el último trimestre del año 2009, y acabó formalizándose con su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de mayo de 2010 (DOUE nº C 115/4)¹⁷⁸.

El Programa de Estocolmo afirma de forma transversal la íntima conexión entre los derechos fundamentales y la seguridad en el espacio político-territorial de la Unión. Y en este binomio derechos-seguridad, refuerza o prioriza la segunda, ya que prevé para ella unas directrices políticas e instrumentos jurídicos con una vocación claramente vinculante, mientras que en el ámbito de la ciudadanía y los derechos fundamentales se mantiene un discurso más “declarativo” (el Programa de Estocolmo prevé una revisión intermedia de su ejecución antes de junio de 2012).

¹⁷⁸ Ver en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF> (07/11/2011)

Teniendo en cuenta el objeto de estudio de esta tesis doctoral, nos centraremos en el análisis de aquellas determinaciones del Programa que afectan directamente a las políticas migratorias y a los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países en la UE¹⁷⁹.

En este ámbito debemos señalar que el Programa, dentro sus determinaciones de carácter general (en concreto en el capítulo *“Convivir en un espacio que respete la diversidad y proteja a los más vulnerables”*), hace una mención expresa a la necesidad de fortalecer las medidas contra el racismo y la xenofobia, encargando a la Comisión un especial seguimiento a la transposición de la Decisión marco de 2008 relativa al racismo y la xenofobia y al hablar de los derechos del niño se hace hincapié en *“los niños que son víctimas de la trata”* y en *“los menores no acompañados en el contexto de la política de inmigración”*, por ejemplo.

Sin embargo, ni siquiera estas declaraciones generales escapan a la vinculación con la seguridad y el control de los flujos migratorios. Así, en el capítulo dedicado a *“una Europa de responsabilidad, solidaridad y colaboración en los ámbitos de migración y asilo”* se retoma la cuestión de los menores extranjeros no acompañados, pero desde una perspectiva que pone en cuestión la defensa reforzada de los derechos del niño en estas situaciones que anunciaba en un principio. Aunque comienza afirmando que la regulación destinada a estos menores *“debería combinar las medidas de prevención, protección y asistencia al retorno, a la vez que se tiene en cuenta el interés superior del menor”*, posteriormente no se hace alusión alguna a las medidas de protección y centra toda la atención en la *“necesidad de cooperación con los países de origen...para facilitar la repatriación de menores, así como para impedir ulteriores salidas”* y en *“las medidas prácticas para facilitar el retorno del elevado número de menores no acompañados que no requieren protección internacional, al tiempo que se reconoce que para muchos el interés superior es su reagrupación con sus familias y su desarrollo dentro de su propio entorno social y cultural”*. Parece que el Programa da pautas muy claras respecto hacia donde debe dirigirse la orientación de las políticas que afectan a estos

¹⁷⁹ Aunque hay que destacar que en esta materia es donde mejor se refleja la citada priorización de los objetivos de seguridad que lleva a cabo el Programa de Estocolmo.

menores: evitar que salgan sus países de origen y subsidiariamente su repatriación. Consideramos que, teniendo en cuenta las condiciones sociales, económicas y políticas de los países de origen y la vías por las que pueden ser repatriados desde la entrada en vigor de la Directiva 2008/115/CE¹⁸⁰, es razonable defender que las medidas de protección en territorio de la Unión deberían tener como mínimo el mismo nivel de prioridad política que la prevención y la repatriación si se quiere ser realmente respetuoso con la primacía del interés superior del menor establecida por el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 de Naciones Unidas.

En el capítulo *“Acceso a Europa en un mundo globalizado”* se hacen recomendaciones para la *“Gestión integrada de las fronteras exteriores”* donde se refuerza la apuesta por la *“externalización”* de las fronteras exteriores de la UE (mediante un *“refuerzo de la cooperación operativa entre Frontex y los países de origen y tránsito”* y un respaldo al *“aumento de la creación de capacidad en los terceros países para que puedan proceder a un control eficaz de sus fronteras exteriores”*). También interesa una mayor inversión financiera y tecnológica en este campo (apunta la *“posibilidad de fletar periódicamente vuelos financiados por Frontex”* para facilitar y *“rentabilizar”* las repatriaciones de nacionales de terceros países en situación irregular interceptados en distintos países de la Unión y que *“la tecnología puede desempeñar un papel fundamental para mejorar y reforzar el sistema de controles en las fronteras exteriores”*). Por último, el Programa de Estocolmo cuenta con un apartado específico sobre las cuestiones migratorias titulado *«Una Europa de responsabilidad, solidaridad y colaboración en los ámbitos de migración y asilo»*, donde se establecen las siguientes líneas básicas en las políticas migratorias de la Unión Europea, que en gran medida coinciden con las ya marcadas por el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo

- 1) Vinculación de los flujos migratorios a las necesidades económicas-laborales de la Unión y sus Estados miembro.¹⁸¹

¹⁸⁰ Ya hemos señalado que contempla en sus arts. 3, 10 y 17 la posibilidad de privarlos de libertad en un centro de detención administrativa y de repatriarlos a un país de tránsito de su periplo migratorio.

¹⁸¹ En esta línea se enmarca la Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, a la que aludiremos en el siguiente apartado.

- 2) La íntima conexión de la gestión de las migraciones con otras políticas claves de la UE (cooperación, acción exterior, seguridad...) en el marco de lo que el Pacto Europeo sobre Inmigración vino a denominar como “Enfoque Global de la Migración”
- 3) Eficacia en la lucha contra la inmigración en situación irregular.¹⁸²
- 4) El “equilibrio” entre derechos y obligaciones de los residentes nacionales de terceros países en territorio de la Unión.

Aunque el Programa de Estocolmo afirma que la Unión *“debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros”* y *“conferir a los migrantes derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la UE”*, sin solución de continuidad señala que *“tiene en cuenta la necesidad de equilibrar los derechos y los deberes de los migrantes”*.

Consideramos que existe una contradicción difícil de soslayar entre ambas afirmaciones, ya que si en la primera parece reconocer la existencia una desigualdad entre los residentes nacionales de terceros países y los ciudadanos de la Unión que es necesario ir superando, en la segunda vuelve a insistir en un supuesto desequilibrio entre derechos y obligaciones de las personas migrantes que habría que corregir. Nos reafirmamos en la postura de que no existe base jurídica para poder afirmar que las personas migrantes gozan de más derechos que obligaciones (como está reconociendo explícitamente en la primera afirmación el propio programa) y en que el hecho de que este tipo de aseveraciones se normalicen en un documento político del nivel del que nos ocupa hace un flaco favor al objetivo de la Unión de erradicar la xenofobia de su ámbito¹⁸³.

¹⁸² Objetivo básico: “intensificar sus esfuerzos para repatriar a los nacionales de terceros países que residen ilegalmente”, para lo que se debe incrementar “la cooperación con los países de origen y tránsito” mediante la “celebración de acuerdos de readmisión eficaces y operativos”, volviendo hacer referencia a los medios económicos y tecnológicos que preveía en el apartado de control de fronteras

¹⁸³ Tal como dispone la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en general, e instrumentos normativos comunitarios específicos como la Directiva 2000/43/CE y la Decisión marco de 2008 relativa al racismo y la xenofobia, en particular.

-Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo).

Para cerrar este apartado creemos oportuno hacer mención de esta Directiva publicada en el DOUE el 18 de junio de 2009 (nº L-155/17). Aunque en un principio pueda parecer que trata una materia de un impacto concreto y acotado, contiene una serie de disposiciones que muestran con manifiesta claridad la plena vinculación de la gestión de los flujos migratorios con las necesidades del mercado laboral y del desarrollo económico en el ordenamiento jurídico de la Unión.

Más que en el articulado de la Directiva, es en su exposición de motivos donde se infieren las directrices de la política migratoria de la UE anteriormente descritas. Así, según ésta, la presente norma se enmarca dentro de las medidas ya lanzadas en el año 2000 por el Consejo Europeo de Lisboa *“para atraer a más trabajadores altamente cualificados procedentes de terceros países para que se incorporen y permanezcan en el mercado laboral como parte de un enfoque basado en las necesidades de los Estados miembros”*, continuadas por el Programa de La Haya de 2004 que apostaba por la creación en materia de inmigración de *“procedimientos de admisión capaces de responder rápidamente a las fluctuantes demandas de trabajo migratorio en el mercado laboral”*. La exposición de motivos determina que:

“la presente Directiva pretende contribuir... a combatir la escasez de mano de obra mediante la admisión y la movilidad —para fines de empleo altamente cualificado— de nacionales de terceros países... y contribuir a la competitividad y el crecimiento económico... facilitar la admisión de trabajadores altamente cualificados y de sus familias mediante...un procedimiento de admisión abreviado y reconociéndoles unos derechos económicos y sociales iguales a los que disfrutaban los nacionales del Estado miembro anfitrión...tener en cuenta las prioridades, las necesidades del mercado laboral y las capacidades de acogida de los Estados miembros”

En esta descripción de los objetivos de la Directiva se especifica que se quiere fomentar una inmigración seleccionada y adaptada totalmente a las necesidades del mercado laboral europeo. Se esfuerza también en señalar la necesidad de generar condiciones atractivas para que esos trabajadores altamente cualificados tomen la decisión de recalar en la Unión antes que en otras de las potencias económicas mundiales. En esto último pone de relieve la falta de una situación real de igualdad entre residentes de terceros países y lo ciudadanos de la UE, ya que precisamente esa igualdad se ofrece como privilegio “extra” a estos trabajadores respecto al general de los residentes de terceros países.

En concreto, a estos trabajadores la Directiva les ofrece igualdad salarial y en el acceso a la seguridad social, facilidades para la reagrupación familiar y la libre circulación dentro del espacio Schengen (derechos recogidos en los arts. 12 a 15 de la Directiva). Es llamativo que se ofrezca como elemento de atracción la igualdad en derechos laborales como los relacionados con el salario o la seguridad social, algo que en teoría debería estar garantizado para todo trabajador en situación documental regular independientemente de la nacionalidad que ostente. En lo concerniente a la libre circulación y el respeto pleno al derecho de vivir en familia, insistimos que su ofrecimiento como privilegio a los destinatarios de la “tarjeta azul” patentiza que estos derechos no son reconocidos al resto de residentes de terceros países, poniendo en cuestión el aludido “desequilibrio” entre sus derechos y obligaciones.

En el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo y en el Programa de Estocolmo se hace referencia a la migración circular como una herramienta de la políticas de cooperación en el ámbito del “codesarrollo”, aunque por el resto del contenido de ambos documentos se puede adivinar que el interés respecto a la misma está más conectado con la necesidad de ordenar los flujos migratorios a las necesidades laborales y productivas del mercado europeo. La Directiva es mucho más explícita, ya que alude directamente a la misma como medio de “control y ajuste” de la oferta y la demanda en el mercado laboral de la UE.

Por último la exposición de motivos afirma que la Directiva no debe

derivar en aquello que se conoce como “fuga de cerebros” procedente de los países empobrecidos:

“Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben abstenerse de proceder a la contratación activa de personal en los países en desarrollo en los sectores que sufran escasez de personal. Deben desarrollarse políticas y principios éticos de contratación aplicables a los empleadores de los sectores público y privado en los sectores clave, por ejemplo en el sector sanitario...y en el sector educativo”.

Podemos admitir que sea realmente una prioridad política de la UE evitar que un mal uso de la norma que nos ocupa provoque una vía de sustracción de capital humano altamente cualificado de las zonas empobrecidas, absolutamente vital para poder construir un desarrollo sostenible futuro de las mismas. Nos genera muchas más dudas que la recomendación de un desarrollo de “*principios éticos de contratación*” sea el instrumento político-jurídico coercitivo que vaya a evitarlo efectivamente.

III) CIUDADANÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Consideramos que el ordenamiento jurídico español ratifica el descrito sistema de castas ya desde su norma fundamental, a pesar de que la Constitución española de 1978 propugna en su art. 1.1 la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, en el art. 9.2 mandata a los poderes públicos promover “*las condiciones para que... la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...*”, en el art. 10.1 determina que “*La dignidad de la persona... (es) fundamento del orden político y de la paz social*”, en el art. 10.2 obliga a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales y culmina en el art.14 estableciendo la igualdad formal como derecho fundamental.

Llama la atención que el art.14 del texto constitucional denomina “españoles” a los titulares del derecho a la igualdad formal. A lo largo del Preámbulo, Título Preliminar y Título 1º el legislador constitucional alude de forma reiterada a “españoles” y “ciudadanos” al tratar la titularidad de los derechos. Aunque siempre es difícil, o incluso se podría afirmar que osado, indagar en la voluntad última del legislador que esconde cada uno de los términos de un texto normativo, se podría interpretar que el constituyente avala la diferenciación entre quienes son nacionales españoles y quienes no en el ámbito de los derechos fundamentales, dando indirectamente por supuesta la nacionalidad como llave de la ciudadanía.

Por lo expuesto, y aún teniendo en cuenta lo que ha supuesto a posteriori la entrada de España en la Unión Europea y la asunción de todo el acervo comunitario respecto a los derechos ciudadanos de los nacionales de Estados miembro de la Unión residentes en nuestro país, el constituyente quiso dejar claro incluso terminológicamente que

determinados derechos fundamentales eran de titularidad exclusiva, o al menos privilegiada, de las personas con nacionalidad española. Un análisis exclusivamente gramatical, pero que puede ser ilustrativo de un sistema intencionalmente desigual desde su propia norma fundamental. Sin embargo otros autores mantienen una visión distinta y defienden que en la Constitución española no existe una identificación entre nacionalidad y ciudadanía, perspectiva que infieren de relacionar los arts. 1.2 y 13.2 CE y de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, y también porque consideran que la opción de Carta Magna por la universalización de los derechos fundamentales erosiona la identificación entre nacionalidad y ciudadanía¹⁸⁴. Aunque podemos compartir algunos de los elementos de estas afirmaciones, estamos seguros de que no sólo la perspectiva constitucional formal sustenta nuestra postura, sino que tanto el contenido material de la Constitución como la jurisprudencia constitucional confirman la vinculación última entre nacionalidad y ciudadanía en el ordenamiento jurídico español.

Al hilo de lo expuesto, debemos fijar nuestra atención en los artículos 10 y 13 CE que contienen los conceptos clave que determinan el nivel de reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España: la dignidad humana y la configuración legal de esos derechos.

¹⁸⁴ Entre otros, Santolaya. Véase en SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros... cit., pp. 114-115 y en SANTOLAYA, Pablo y REVENGA, Miguel; Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio... cit., p. 31.

III.1) LA DIGNIDAD HUMANA Y EL PAPEL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El art. 10 del texto constitucional sitúa a la dignidad humana como “*fundamento del orden político y la paz social*”, lo que la convierte en la “*expresión clave*” de todo nuestro ordenamiento jurídico¹⁸⁵.

El mismo precepto al hablar de los “*derechos inviolables inherentes*” a la dignidad humana, sitúa a ésta en la base del sistema de derechos y libertades. De la propia posición sistemática del art. 10.1 dentro de la Constitución, como puerta de entrada al Título 1º “De los derechos deberes y fundamentales”, se infiere esta situación. Lo confirma también el Tribunal Constitucional al señalar que la dignidad humana es el germen del resto de derechos y que la misma debe permanecer inalterada sea cual sea la situación en la que la persona se encuentre (STC 53/1985, de 11 de abril y STC 194/1994, de 27 junio).

La dignidad reconocida en el art 10.1 CE cumple una triple función: legitimadora del orden político y del ejercicio de los poderes públicos; promocional, que determina una lucha constante de esos poderes para su respeto y hermenéutica, ya que la dignidad se erige como pauta interpretativa de toda norma. Estas funciones legitiman la, a nuestro parecer, acertada posición de quienes consideran que la dignidad humana trasciende fronteras territoriales y debe ser aplicada indistintamente a la nacionalidad que se ostente en el territorio de un Estado¹⁸⁶,

¹⁸⁵ Martín, Marañón y Alarcón señalan que el Preámbulo de la Constitución asienta este pilar exclusivamente en la “voluntad de la Nación española”, huyendo de fundamentaciones trascendentes tal como hace la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo. MARTÍN, L.V. de, MARAÑÓN, T. y ALARCÓN, I.; ob.cit., pp. 29-30. Otros autores, sin embargo, sí otorgan cierta trascendencia a la dignidad humana como principio/valor previo a la propia Constitución y al Estado, fuente de derechos y libertades. Ver en LUCAS VERDÚ, P.; Curso de Derecho Político. Vol. IV. Tecnos. Madrid, 1984, p. 314.

¹⁸⁶ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J.; Art. 10. Derechos Fundamentales de la persona, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.) Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo II. Cortes Generales-Edersa. Madrid, 1997, pp. 58-69.

pero consideramos que con la situación normativa actual, nacional e internacional, no se puede sostener como una realidad plenamente vigente. Sí constituye la justificación ideológica-política de iniciativas como la señalada del establecimiento de un “estándar mínimo internacional de DDHH” o incluso de las propuestas de construcción de una ciudadanía inclusiva que impulsan la línea de investigación de esta propia tesis doctoral.

La dignidad determinaría para el Estado un doble efecto: impeditivo (evitar conductas que ataquen a la dignidad) y positivo (obligatoriedad de políticas orientadas a su promoción)¹⁸⁷. La misma Constitución contempla de forma expresa ambos efectos, ya que se puede identificar en gran medida el impeditivo con el principio de igualdad formal (art. 14 CE) y el positivo con el principio de igualdad material (art. 9.2 CE).

Consideramos acertada la definición de los valores superiores reconocidos en el art. 1 CE (libertad, igualdad, justicia y pluralismo político) como expresión de la dignidad humana, otorgándoles una triple función que en gran medida coinciden con las ya señaladas a la propia dignidad: fundamentadores del sistema jurídico, orientadores del ordenamiento jurídico hacia unos fines y criterio-parámetro de interpretación y valoración de hechos y conductas¹⁸⁸.

Independientemente de la distinta perspectiva que se pueda mantener respecto a la plena vigencia “transnacional” de la dignidad, es indiscutible la importancia que este concepto ha tenido y está teniendo en la determinación de la titularidad y vigencia de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, tal como expondremos de una forma detallada al tratar la configuración legal de los mismos.

En el mismo artículo 10.1 CE se alude a otro concepto clave en este ámbito: el libre desarrollo de la personalidad. El objetivo final de todo sistema jurídico-institucional de reconocimiento y protección de derechos es proporcionar las condiciones políticas, sociales, económicas,

187 SOLOZABAL ECHEVARRÍA; J.J.; Voz “dignidad de la persona”, en Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Madrid, 1995, pp. 2490 -2491.

188 GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; Inmigración y derechos fundamentales ... cit., pp.72-73.

culturales... para que cualquier individuo pueda tomar sus principales decisiones vitales de forma autónoma, sin ser objeto de discriminación y de acuerdo con sus creencias y valores. Es decir, desarrollar libremente su personalidad. Por lo tanto, este concepto está íntimamente vinculado con la dignidad humana, constituyendo ambos la base de una visión “universalista” de los Derechos Humanos, de manera que la nacionalidad que ostente una persona no debería suponer un obstáculo insalvable para el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo, tal como ocurre con la dignidad, la realidad jurídico-política impone que el status de nacional o extranjero condiciona en gran medida la viabilidad de una verdaderamente libre autodeterminación de la persona.

Directamente relacionada con lo anterior está la previsión contenida en el apartado segundo del art. 10 CE:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Hay quien señala que este precepto constitucional conlleva aceptar como “fuentes del Derecho a efectos de interpretación” la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y supranacionales sobre la DUDH y los tratados internacionales ratificados por España¹⁸⁹. Incluso se le atribuye la capacidad de dotar de nuevos contenidos a los derechos fundamentales ya existentes en el ordenamiento jurídico español, no así de crear nuevos derechos fundamentales¹⁹⁰. De esta manera el art. 10.2 CE establece como criterio interpretativo superior a los tratados internacionales en esta materia, algo que tiene sustento en la posición privilegiada en el sistema de fuentes de estas normas (art. 96 CE). Los tratados internacionales ayudarán a configurar la titularidad, alcance y contenido de los derechos fundamentales de los extranjeros que les reconoce previamente la Constitución (SSTC 24/1993, de 21 enero, y 36/1991, de 14 febrero).

¹⁸⁹ MARTÍN, L.V. de, MARAÑÓN, T. y ALARCÓN, I.; ob.cit., p. 28.

¹⁹⁰ Poniendo como ejemplo la STC 94/1993, de 22 de marzo, donde se interpreta el art. 19 CE para ampliar la libre circulación y residencia a extranjeros residentes, en consonancia con los arts. 12 y 13 PIDCP. Ver en SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros... cit., p. 25.

Por otra parte, la STC 242/1994, de 27 de julio, afirma que el art. 13 CE autoriza a establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros en la medida que no afecten al contenido de los mismos fijado por los tratados internacionales. Éste es un elemento básico en la denominada “configuración legal” de los derechos fundamentales de los residentes extranjeros.

Sin embargo, a los instrumentos internacionales no se les podría situar por encima de la Constitución, ya que es ella misma la que, en su capítulo III del Título III, determina su validez y vigencia (STC 28/1991, de 14 febrero)¹⁹¹. El Tribunal Constitucional también afirma reiteradamente que los tratados internacionales no se convierten en parámetros directos de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales. Éstos deben estar primero reconocidos en la Constitución y como hemos señalado la función de los tratados está limitada a la interpretación de su alcance y contenido (SSTC 36/1991, de 14 febrero, 28/1991, de 14 de febrero y 64/1991, de 22 de marzo). Este posicionamiento de nuevo ha sido avalado por la más reciente STC 236/2007, de 7 de noviembre¹⁹². No negamos que esa pueda ser una interpretación válida de la voluntad del constituyente. Lo que es evidente que una visión del mandato contenido en el art. 10.2 CE como la citada no constituye una apuesta decidida por la vocación de verdadera vigencia universal que reside en las grandes declaraciones de derechos del siglo XX. Consideramos que estas visiones del Derecho ancladas en las estructuras del Estado-nación y de la ciudadanía basada en la nacionalidad son las que evidencian la falta de adaptación de los ordenamientos político-jurídicos actuales a las exigencias del mundo globalizado, siendo uno de los principales costes de la inadaptación el deficiente reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

¹⁹¹ Respecto a la legislación ordinaria posterior al tratado que la contradiga no supone su derogación inmediata, pero sí la aplicación por los Tribunales del tratado por encima de ella. LÓPEZ PINA, A., y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; Elementos de Derecho Público. Marcial Pons. Madrid, 2002, pp. 88-89.

¹⁹² Eso sí, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, afirma que la interpretación de los preceptos constitucionales a la luz de los tratados internacionales se convierte en “contenido constitucionalmente declarado”

III.2) LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA.

El art. 13.1 CE establece una distinción entre españoles y extranjeros en lo que respecta a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales en España, al disponer que:

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

El título al que se refiere el artículo es el I, “De los derechos y deberes fundamentales”. En la sección 1ª del capítulo 2º de este Título (arts. 15 a 29, a los que deben añadirse los arts. 14 y 30.2) se recogen los derechos fundamentales y libertades públicas.

Hay que tener en cuenta que en el proceso de redacción de la Constitución inicialmente se preveía un reconocimiento de los derechos fundamentales más acotado del que se plasmó en el art. 13.1 del texto definitivo. En concreto, el art. 12.2 del Anteproyecto constitucional afirmaba que los *“extranjeros residentes gozarán de las libertades públicas del presente Título en los términos que la ley establezca”*¹⁹³. En esta redacción destaca la restricción de la aplicación de este precepto a los extranjeros residentes y la exclusión de los tratados internacionales como parámetros interpretativos de los derechos fundamentales¹⁹⁴.

En una primera aproximación puramente gramatical a la redacción de este artículo, llama la atención la alusión a las “libertades públicas”, concepto que podría determinar distintas interpretaciones. Una interpretación restrictiva vincularía este concepto exclusivamente a la sección 1ª del capítulo 2º del Título I, y dentro de ella a aquéllos que puedan

¹⁹³ Diario de Sesiones del Congreso nº68, p. 2421, 17/05/1978.

¹⁹⁴ IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., pp. 52-53.

identificarse como libertad pública (p.ej. libertad de reunión, asociación, ideológica-religiosa, expresión, enseñanza, residencia, circulación...) dentro de los derechos fundamentales en general. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional (STC 107/1984, de 23 noviembre) opta por una interpretación extensiva que incluye a todos los derechos y libertades del Título 1º. En esta línea consideramos acertada la opinión doctrinal que señala la necesidad de acudir a una interpretación integral de la Constitución, teniendo en cuenta el conjunto de los principios y valores reconocidos en ella, para determinar el status de los extranjeros en España¹⁹⁵.

De lo expuesto podemos deducir que este precepto constitucional determina, desde una perspectiva general, que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los extranjeros en España son en última instancia cuestiones de configuración legal. Establece una clara distinción entre personas de nacionalidad española, cuyos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución son normas de directa aplicación, incluso en el caso de que no hubiera existido legislación posterior de desarrollo, quedando su contenido fijado y protegido ya desde el mismo texto constitucional; y las personas extranjeras, respecto de las cuales el propio contenido de los derechos fundamentales y su protección quedan a expensas de la legislación ordinaria y los tratados internacionales.

Igualmente el alcance de la configuración legal de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España es susceptible de acomodarse a diversas ópticas jurídico-políticas. La interpretación más extrema del art. 13.1 CE lo reduciría a un simple principio programático que dejaría al arbitrio del legislador nacional o internacional el reconocimiento material de la titularidad y contenido de los derechos fundamentales de los extranjeros en España¹⁹⁶. El posicionamiento forjado por la jurisprudencia constitucional en este ámbito está alejado del anterior discurso, ya que aclara que la configuración legal

¹⁹⁵ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; *Inmigración y derechos fundamentales...* cit., pp. 54 y ss.

¹⁹⁶ ESPINAR VICENTE, J. M.; *Los extranjeros en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Ed. TAT. Granada, 1987, p. 44.

“...no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros, relativa a los derechos y libertades públicas...”

y que

*“...antes bien con la mejor doctrina habría que presumir, en principio, la equiparación del ejercicio de los derechos de los nacionales y de los extranjeros, y que las posibles limitaciones habrían de tener carácter excepcional, e interpretarse restrictivamente...”*¹⁹⁷.

Por lo tanto, el Alto Tribunal afirma el carácter plenamente constitucional, en un sentido formal y material, del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España y que una configuración legal que los limite debe ser interpretada siempre como de “carácter excepcional” e interpretada restrictivamente. En la STC 236/2007, de 7 de noviembre, se perfilan aún más los límites a la configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros, que serían: el nivel de conexión con la dignidad humana, el contenido preceptivo del derecho cuando venga reconocido directamente a los extranjeros por la Constitución, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales y que exista una justificación legítima, motivación y proporcionalidad en la limitación.¹⁹⁸

Además de estas precisiones específicas que delimitan la configuración legal de los derechos fundamentales de las personas extranjeras, hay otras determinaciones de la jurisprudencia constitucional de carácter general que también tienen su impacto en este ámbito: que al tratarse de derechos fundamentales existe la correspondiente reserva de ley orgánica (STC 83/1984, de 24 julio) y que por supuesto deberá de tenerse en cuenta el conjunto del texto constitucional interpretado sistemáticamente a la hora de esta configuración, no exclusivamente el precepto constitucional concreto donde se contemple el derecho de que se trate (SSTC 5/1983, de 4 febrero, y 67/1984, de 7 junio). También es

¹⁹⁷ SSTC 115/1987, de 7 de julio, y 107/1984, de 23 de noviembre.

¹⁹⁸ Estas últimas exigencias ya se habían ido construyendo en la jurisprudencia constitucional desde una época muy temprana (SSTC 26/1981, de 17 julio, 13/1985, de 31 enero, y 291/1993, de 18 octubre).

obligado respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales en su configuración legal para los extranjeros¹⁹⁹. Por último señalar en este ámbito que los derechos fundamentales de los extranjeros quedan igualmente afectados por los límites generales que afectan a los mismos con independencia de quién sea el titular: internos (proviene de la propia configuración y delimitación conceptual del derecho en el texto constitucional) y externos (derivados de normas, principios o valores externos a los textos donde se recogen los derechos fundamentales y que sirven de parámetro interpretativo y delimitador de los mismos)²⁰⁰.

También es destacable el impacto en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales que para algunos autores tiene el tipo de instrumento normativo donde se reconozcan o desarrollen los derechos fundamentales de las personas extranjeras. Así encontramos una interesante interpretación, según la cual los extranjeros gozarían de los derechos fundamentales que no aparecen específicamente en la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social (LO 4/2000, de 11 de enero) al mismo nivel que los españoles, en virtud de la propia Constitución²⁰¹.

Otros autores distinguen entre los derechos fundamentales que son otorgados a los extranjeros directamente por la Constitución y aquéllos que provienen de tratado o ley. Los primeros serían los que el texto constitucional no otorga exclusivamente a los “españoles” o a los “ciudadanos” y los segundos los que el legislador constituyente atribuyó a “todos” o a las “personas”. En los que cuyo reconocimiento proviniera de tratado o ley habría un mayor campo de actuación para la configuración legal, estando más restringido los reconocidos “ex costitutione”²⁰². Respecto a lo anterior también hay que tener en cuenta que el propio

¹⁹⁹ Para la delimitación de dicho contenido y sus posibles vulneraciones, el Alto Tribunal dispone que hay que acudir a la naturaleza jurídica del derecho fundamental, que vendrá determinada por las ideas y convicciones generalizadas y consolidadas en la práctica jurídica. El contenido esencial se vería lesionado cuando quede sometido a limitaciones que hagan impracticable el derecho fundamental, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de su protección mínima (SSTC 11/1981, de 8 abril, y 341/1993, de 18 noviembre, entre otras).

²⁰⁰ STC 11/1981, de 8 abril.

²⁰¹ VIDAL FUEYO, Camino; “Nuevas variables a tener en cuenta en el diseño del estatuto jurídico de los inmigrantes”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2007, p. 12.

²⁰² GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; *Inmigración y derechos fundamentales...* cit., p.128.

Tribunal Constitucional (STC 72/2005, de 4 de abril) ha declarado, de una forma genérica eso sí, que el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros la mayoría de los derechos fundamentales de los españoles sin necesidad de tratado o ley.

Por último destacamos otra propuesta doctrinal de clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros con repercusiones en su posible configuración legal, que los dividiría entre²⁰³:

- 1) Los reconocidos por la Constitución a extranjeros y españoles en pie de igualdad.
- 2) Derechos en los que la Constitución establece como titulares a los españoles, pero que por ley se puede extender a los extranjeros.
- 3) Derecho de asilo y refugio, sólo para extranjeros.
- 4) Derechos de participación política reconocidos en plenitud a los españoles y a los extranjeros en las condiciones señaladas en el art. 13.2 CE.

Al margen de las distintas construcciones que la doctrina ha ido elaborando en este ámbito, el Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, establece una clasificación tripartita de los derechos de las personas extranjeras en España que delimitaría su titularidad, ejercicio y posible configuración legal:

- 1) Derechos inherentes a la dignidad humana, que se reconocen en pie de igualdad a españoles y extranjeros.
- 2) Derechos también reconocidos a las personas extranjeras, pero cuyas condiciones de ejercicio y el contenido son de configuración legal.
- 3) Derechos de los que los extranjeros son excluidos expresamente.

La jurisprudencia constitucional ha ido elaborando un listado de derechos inherentes a la dignidad humana, advirtiendo el propio Tribunal de que se trata de un catálogo abierto (STC 236/2007, de 7 de noviembre), susceptible de ser modificado y reinterpretado en cualquier

²⁰³ Ver en DURÁN, Rafael, RODRÍGUEZ, Ángel y MARTÍN, Magdalena: “La participación política de los extranjeros: estado de la cuestión”. Documento de trabajo. Centro de Estudios Andaluces. Sevilla, 2007.

momento. En un principio, especialmente con la LO 7/1985, de 1 de julio, se estableció como requisito clave para la titularidad y ejercicio los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España su situación documental regular. El proceso de ampliación que ha experimentado desde la STC 107/1984 hasta la actualidad el catálogo de derechos inherentes a la dignidad humana se ha basado principalmente en la eliminación del requisito de regularidad administrativa para el pleno disfrute de los derechos fundamentales, incompatible con esa “inherencia a la dignidad humana” de algunos de ellos. A día de hoy el citado catálogo incluye:

- 1) Derechos a la vida, integridad física y moral, intimidad personal y familiar y la libertad ideológica y religiosa (STC 107/1984, de 23 de noviembre).
- 2) Derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, de 30 de septiembre).
- 3) Derecho a la libertad y seguridad (STC 144/1990, de 26 septiembre)
- 4) Derecho a la igualdad formal -art. 14 CE- (STC 137/2000, de 29 de mayo).
- 5) Derecho a la justicia gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo).
- 6) Derechos de asociación, reunión, sindicación, huelga y el de educación -este último sólo para menores de 18 años- (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

Los derechos en los que se centran la presente línea de investigación, los de participación política, estarían incardinados entre la 2ª y 3ª categoría de la clasificación tripartita, según la interpretación jurídica dominante. Este punto de vista sería compatible con la actual situación del derecho de sufragio: reconocimiento parcial a algunos residentes extranjeros de la participación en el ámbito municipal y exclusión total en el autonómico y local. Consideramos que esta interpretación se fundamenta en argumentaciones más políticas que jurídicas, y es reflejo de las resistencias ideológico- políticas a las que se enfrenta la apuesta por una integración cívica inclusiva²⁰⁴.

²⁰⁴ En este sentido ver LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros... cit., p. 69.

La división tripartita de los derechos fundamentales establecida por el Tribunal Constitucional ha sido puesta en duda por la doctrina, señalando la dificultad para determinar criterios objetivos que definan qué derechos están vinculados a la dignidad humana y cuáles no, considerándola incompatible con la indivisibilidad, integridad e individualidad de los derechos fundamentales. También se afirma que no es coherente con una correcta interpretación sistemática de la Constitución, ya que aún admitiendo la posibilidad de la existencia de distintos niveles de vinculación a la dignidad, los derechos más íntimamente conectados a la misma deberían ser todos los contemplados en la sección 1ª del capítulo 2º del Título 1º, ya que son a los que el art. 53 CE establece un mayor nivel de protección²⁰⁵. Sin embargo, en el actual listado de elaboración jurisprudencial de derechos “inherentes a la dignidad” no se contemplan derechos como la libertad de circulación y fijación de domicilio o los de sufragio, contemplados en la sección de la Constitución dedicada a los “derechos fundamentales y las libertades públicas”.

Compartimos en gran medida estas críticas a una división de los Derechos Humanos en la que existan algunos más vinculados a la dignidad humana que otros. Principalmente porque las grandes declaraciones de derechos con vocación universal (la propia DUDH, el PIDCP y a un nivel regional el CEDH, entre otras) sitúan desde sus preámbulos a la dignidad humana como la base de las mismas y de los propios “derechos inherentes” a ella vinculados sin establecer categorías o prioridad²⁰⁶. Por lo tanto, consideramos que no se compadece con las señaladas indivisibilidad e integridad de los Derechos Humanos la interpretación que realizan algunos autores reconociendo una especial vinculación a la dignidad humana de algunos Derechos Humanos (serían los reconocidos en el art. 3 de la Convención de Ginebra de Derecho Humanitario de 12/08/1949: derecho a la vida y a la integridad corporal,

²⁰⁵ Entre otros, ver en AÑÓN ROIG, María José (ed.), VVAA.; La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración. Publicaciones Universidad de Valencia (PUV)-Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

²⁰⁶ También la “jurisprudencia internacional” ha afirmado la universalidad, la indivisibilidad y la conexión con la dignidad de los Derechos Humanos, características que vinculan a los Estados respecto a la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros en su territorio (Por ejemplo sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10730/84, de 21/06/1988, en el caso Berrehab vs Holanda y 25404/94, de 21/10/1997, en el caso Boujlifa vs Francia).

prohibición de la tortura y trato degradante y de ser condenado sin proceso justo²⁰⁷), que los situarían en un nivel de protección privilegiado respecto al resto. Entendemos, como buena parte de la doctrina²⁰⁸, que todos los Derechos Humanos tienen la misma vinculación con la dignidad humana, no desprendiéndose de ninguno de los principales instrumentos internacionales que los reconocen argumentos jurídico-políticos que puedan alimentar la interpretación contraria.

Por último es pertinente hacer una referencia a los sectores doctrinales que consideran irrenunciable la idea de la “indivisibilidad” de los Derechos Humanos, que en gran medida transitan en la misma línea de quienes sostienen la igual vinculación a la dignidad humana de todos ellos. Frente a las teorías liberales que parten de la distinción entre derechos civiles, políticos, socioeconómicos y los de “nueva generación” (de tercera e incluso de cuarta generación), con niveles de consolidación y protección igualmente diferenciados, defienden que una auténtica universalización de los Derechos Humanos conlleva su reconocimiento y garantía de forma unitaria, sin establecer categorías entre ellos. En este sentido afirma Stefano Rodotà:

“...para poderse desarrollar por entero, los derechos fundamentales han de ser considerados <<indivisibles>>... la distinción entre diferentes generaciones de derechos -civiles, políticos, sociales, <<nuevos>> y <<novísimos>>- representa un obstáculo para su realización cuando a cada una de ellas se le atribuye un diferente grado de <<resistencia>>, con garantías diferenciadas, progresivamente menores, en especial cuando nos aproximamos al área crítica de los derechos²⁰⁹ sociales y de los derechos colectivos <<de cuarta generación>>...”

²⁰⁷ GORTÁZAR ROTARECHE, Cristina; “Los Derechos Humanos de ámbito universal y el multiculturalismo”, en RODRÍGUEZ-PALOP, M^a Eugenia y TORNOS, Andrés (eds.); Derechos culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes. Universidad de Comillas. Madrid, 2000.

²⁰⁸ Por todos VIDAL FUEYO, Camino; “La nueva Ley de Extranjería a la luz del Texto Constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional nº62. 2001, p. 190.

²⁰⁹ RODOTÁ, Stefano; La vida y las reglas. Entre el Derecho y el no Derecho. Trotta. Madrid, 2010, p. 53.

III.3) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 236/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE.

Este fallo del Alto Tribunal declaró inconstitucional la privación de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga a las personas extranjeras en situación documental irregular. De la misma manera, consideró inconstitucionales las trabas al acceso pleno al derecho a la justicia gratuita y, en el caso de las personas extranjeras menores de edad en situación documental irregular, a la enseñanza no obligatoria, privaciones y restricciones contenidas hasta ese momento en la LO 4/2000, en su redacción dada por la LO 8/2000 (arts. 7.1, 8, 11.1, 9.3 y 22.2)²¹⁰.

Constituye un avance muy positivo que se reconozcan derechos de marcado carácter político, como los de reunión, asociación, sindicación y huelga, a todas las personas que se encuentran en España independientemente de su nacionalidad o su situación documental. Un reconocimiento que, sin duda, representa un sólido argumento a favor de la necesidad de reconocer la dimensión política de las personas extranjeras como factor clave de una ciudadanía verdaderamente inclusiva.

Además de la perspectiva señalada, es pertinente detenerse en el análisis de los principales argumentos jurídicos de esta sentencia: los esgrimidos por el recurrente (Parlamento de Navarra), por el Abogado del Estado y por el propio Tribunal, siguiendo los completos comentarios realizados sobre la misma por Pascual Aguelo y Ángel Chueca²¹¹.

²¹⁰ Las sentencias del Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 diciembre, 260/2007, de 20 diciembre, 261/2007, de 20 diciembre, 262/2007, de 20 diciembre, 263/2007, de 20 diciembre, 264/2007 y 265/2007, de 20 diciembre, resolvieron distintos recursos de inconstitucionalidad contra la LO 4/2000 (en la redacción dada por la LO 8/2000) en términos muy similares a la analizada STC 236/2007

²¹¹ AGUELO, Pascual y CHUECA, Ángel; "Los Derechos Humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional: La sentencia 236/2007, de 7 de noviembre". Revista de Derecho Migratorio y Extranjería nº16. Noviembre 2007, pp. 91-129.

El Parlamento de Navarra defendía que la LO 8/2000 incurría en inconstitucionalidad en los artículos recurridos al distinguir entre extranjeros en situación documental regular e irregular. El recurrente afirmaba que esta distinción que realizaba el legislador ordinario no tenía cobertura constitucional. El Parlamento navarro también aducía que estos artículos conculcaban tratados internacionales suscritos por España, que consideraba según lo dispuesto por el art. 10.2 CE como parámetros de interpretación de la constitucionalidad de las leyes.

El Abogado del Estado partía del presupuesto de que la Constitución española no equipara a nacionales y extranjeros respecto a los derechos fundamentales. Además consideraba que los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga no son inherentes a la dignidad humana, excluyendo la posibilidad de su inclusión dentro del listado de elaboración jurisprudencial constitucional de derechos especialmente vinculados a la misma. También llama la atención su defensa de la territorialidad de los derechos fundamentales, exigiendo por ello la residencia regular en España, lo que supone negar de forma implícita la universalidad de los Derechos Humanos. Bajo nuestro punto de vista, esta tesis choca frontalmente con el posicionamiento respecto a la extraterritorialidad de los Derechos Humanos que se desprende de los principales tratados internacionales dedicados a su reconocimiento y protección. Para negar el derecho de acceso a la educación no obligatoria para menores en situación administrativa irregular acude de nuevo al principio de territorialidad y afirma que supondría una discriminación respecto de aquéllos que se encuentran en situación regular. Defendía que los tratados internacionales no pueden ser patrón de constitucionalidad, contrariamente a lo alegado por el recurrente. El Abogado del Estado alegó la limitación del orden público (recogida, por ejemplo, en el CEDH arts. 8 a 11) para fundamentar la exclusión de los extranjeros en situación administrativa irregular de los derechos de reunión, asociación y sindicación.

Por su parte, el Tribunal Constitucional enmarcó la sentencia en su fundamento jurídico 3º reiterando la ya descrita doctrina que asevera que el art. 13 CE no supone una desconstitucionalización del régimen de los

derechos fundamentales de los extranjeros, pese a su configuración legal. Y que lo anterior afecta a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

En los fundamentos jurídicos 4º y 7º, el Tribunal afirmó que existen derechos fundamentales en los que no cabe desigual tratamiento entre españoles y extranjeros ya que son inherentes a la dignidad humana, descartando la posibilidad de hacer distinciones por la situación administrativa de los extranjeros. En el fallo, el argumento básico que utilizó el Tribunal Constitucional es que los derechos de libertad de reunión (art. 7.1 LO 4/2000), de libertad de asociación (art. 8 LO 4/2000), de acceso a la educación no obligatoria para los menores de edad (art. 9.3 LO 4/2000), de libertad de sindicación y huelga (art. 11 LO 4/2000) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 22.2 LO 4/2000), son inherentes a la dignidad humana, por lo que nadie puede ser privado de los mismos por encontrarse en una determinada situación administrativa. Sin embargo, el fallo de la sentencia consideró que los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos no pueden ser considerados como parámetros “directos” para valorar la constitucionalidad, tal como pretendía el recurrente. En este ámbito se reafirmó en su jurisprudencia consolidada respecto a que la función de los tratados está limitada a la interpretación del alcance y contenido de lo dispuesto en el texto constitucional²¹².

Para concluir con el comentario de la sentencia 236/2007, nos parece especialmente significativo un apunte realizado por Pascual Aguelo y Ángel Chueca²¹³. Ambos denuncian que en la sentencia se califica como “ilegales” a los extranjeros en situación documental irregular en varios de sus párrafos. Recalcan que calificar a una persona como ilegal no tiene cabida en un ordenamiento jurídico democrático, ya que tan sólo los hechos y acciones pueden ser objeto de la calificación jurídica de “legal” o “ilegal”. A pesar de que “inmigrante ilegal” se haya convertido en un término de uso coloquial desgraciadamente normalizado en el

²¹² En las anteriormente citadas SSTC 36/1991, de 14 febrero, 28/1991, de 14 de febrero, y 64/1991, de 22 de marzo.

²¹³ AGUELO, Pascual y CHUECA Ángel; ob.cit., p. 124.

mundo no jurídico, consideramos que a la institución que asume la interpretación última de la Carta Magna se le debe exigir un especial tacto a la hora de manejar el lenguaje. No es de recibo que en una resolución que está decidiendo jurídicamente sobre una materia tan delicada como los derechos fundamentales de determinadas personas, el Tribunal Constitucional se permita utilizar un concepto coloquial cargado de connotaciones tan negativas. Si es grave que se normalicen en el lenguaje social, mediático y político términos que contienen valoraciones de carácter discriminatorio respecto a ciertas personas o grupos, la gravedad alcanza sus máximas cotas cuando las más altas instituciones del Estado, garantes últimos de los atributos “democrático y de Derecho” del mismo, hacen propio este lenguaje²¹⁴.

²¹⁴ Este posicionamiento lo conectamos con la crítica que realizamos en su momento a las alusiones incluidas en documentos programáticos políticos de la Unión Europea del nivel del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo o el Programa de Estocolmo respecto a un supuesto desequilibrio entre “los derechos y deberes de los inmigrantes en la Unión”, algo que, a nuestro juicio, está totalmente alejado de la realidad normativa de la Unión Europea y de sus Estados miembro. Consideramos que el uso de estas expresiones hace un flaco servicio al “sentido de Estado” que debe presidir todas las actuaciones de instituciones políticas y judiciales de este nivel.

III.4) LA LO 2/2009, DE 11 DE DICIEMBRE.

Dentro del marco establecido por la Constitución y la jurisprudencia constitucional para la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España, la normativa nacional que se ha ido generando en este ámbito desde la LO 7/1985, de 1 de julio, hasta la actualidad ha estado presidida por una tendencia eminentemente restrictiva. Ciertamente la LO 4/2000, de 11 de enero, en su redacción original, supuso una destacada excepción, ya que establecía significativos avances. Pero fue una excepción efímera, ya que sólo 11 meses después fue radicalmente modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, que suprimió muchos de los citados avances.

El “status quo” establecido por la LO 8/2000 se extendió prácticamente inalterado²¹⁵ hasta la señalada STC 236/2007, en la que de acuerdo con lo ya analizado se declaraban como inconstitucionales diversas de las restricciones establecidas por esta ley. Como consecuencia del mandato derivado de la nueva doctrina constitucional, se abrió una vez más un proceso de reforma de la LO 4/2000 (en su redacción dada por la LO 8/2000) que culminó con la aprobación de la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

En un principio, la LO 2/2009 debía tener una obligada perspectiva de ampliación del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España, ya que su motivación última era incorporar lo determinado por el Tribunal Constitucional. Por supuesto el legislador, como no podía ser de otra manera, acata la jurisprudencia constitucional

²¹⁵ Salvo limitadas reformas como las determinadas por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, por ejemplo. En la proposición de Ley Orgánica de “Medidas para la represión de la inmigración clandestina” (BOCG nº289-1 de 28 de septiembre de 2007), promovida por los grupos parlamentarios en el Senado del Partido Popular y de Coalición Canaria se proponía una batería de medidas que endurecían notablemente la legislación española de extranjería, reduciendo a la mínima expresión o eliminando los derechos reconocidos a los extranjeros en situación documental irregular. Esta proposición de ley orgánica ni siquiera llegó a tramitarse en el Congreso, y muchos de sus planteamientos fueron contradichos por la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

e introduce su interpretación extensiva de los derechos de asociación, reunión, sindicación, huelga, educación y a la asistencia jurídica gratuita. Pero, sin embargo, aprovecha esta reforma para introducir nuevos recortes en los derechos de los extranjeros en ámbitos distintos a los tratados por la STC 236/2007. La LO 2/2009 establece limitaciones para las personas extranjeras en el derecho de acceso a la vivienda, en el derecho a vivir en familia o en el derecho a la libertad ambulatoria, entre otros; también endurece el régimen de infracciones y sanciones en materia de extranjería (previendo nuevas infracciones que sólo son tales cuando interviene una persona de nacionalidad extranjera)... Algunas de estas modificaciones serán objeto de nuestra atención más adelante.

Consideramos esta circunstancia como un ejemplo muy ilustrativo de la marcada tendencia restrictiva de la legislación en materia de extranjería en España, en la línea de la dirección imperante en el ámbito competencial de la Unión Europea. La inclusión en una reforma legislativa, impuesta por el Tribunal Constitucional al declarar inconstitucionales determinadas limitaciones de derechos de las personas extranjeras, de nuevas limitaciones en otros ámbitos da buena medida de una determinación política firme a la hora de regular esta materia. La lógica de la seguridad, del control de fronteras y del utilitarismo económico-laboral se impone de forma clara frente a una visión que apueste por la equiparación progresiva entre nacionales y extranjeros en el reconocimiento de los derechos fundamentales y, en definitiva, por un nuevo concepto de ciudadanía más inclusivo.

A pesar de lo expuesto, es de justicia poner de relieve que la LO 4/2000 ha sido objeto de una nueva reforma tras la operada por la LO 2/2009 que sí supone un paso adelante en materia de protección de derechos fundamentales de las personas extranjeras. La LO 10/2011, de 27 de julio, modificó el art. 31 bis LO 4/2000 para salvaguardar de la incoación de expediente sancionador en materia de extranjería a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que se encuentren en situación documental irregular.

III.5) RESTRICCIONES DE DERECHOS DE PERSONAS EXTRANJERAS DISTINTOS A LOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Como hemos señalado a lo largo de estas páginas, en el ordenamiento jurídico español se ha establecido una distinción elaborada por la jurisprudencia constitucional entre derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, que deben ser reconocidos en pie de igualdad a españoles y extranjeros, y aquéllos que tienen un menor nivel de vinculación con la dignidad, en los que se permite establecer diferencias entre nacionales y no nacionales (mediante la configuración legal prevista en el art. 13 CE).

Teniendo en cuenta lo anterior, y lo que hemos afirmado respecto a las directrices políticas que presiden la normativa de extranjería, efectivamente se ha procedido a regular la titularidad y ejercicio de derechos de las personas extranjeras, principalmente a través de las leyes de “derechos y libertades de los extranjeros en España” y sus sucesivas reformas. En líneas generales se ha ido regulando la titularidad y el ejercicio de los derechos en función de su carácter fundamental o no, y dentro de los primeros de acuerdo con su vinculación con la dignidad humana. En las próximas líneas señalaremos los elementos más relevantes en este ámbito, prestando atención a aquellos derechos donde se han fijado limitaciones que afectan a las personas extranjeras especialmente significativas.

A) Derecho a la libertad: la privación de libertad por infracción administrativa en materia de extranjería.

El derecho a la libertad está incluido dentro de los derechos fundamentales considerados por el Tribunal Constitucional inherentes a la dignidad humana. Por lo tanto, en un principio, no cabría establecer

distinciones respecto a la libertad ambulatoria entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, a pesar de lo expuesto, en el actual ordenamiento jurídico español existe una limitación al derecho de libertad que nunca puede afectar a las personas de nacionalidad española (tampoco a los nacionales de la Unión que se encuentran en España), pero sí a los extranjeros extracomunitarios.

Para analizar esta situación debemos partir del art. 25 CE, que es el que regula los casos en los que una persona puede ser privada de libertad y el sentido y condiciones que debe tener dicha privación. En concreto nos interesa el apdo. 3º del citado artículo, que estipula:

“La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

Atendiendo a la literalidad de este precepto es difícil inferir otra interpretación que la siguiente: nadie puede ser privado de libertad por una sanción administrativa en el Estado español. Por el contrario, si acudimos a la normativa de extranjería podemos comprobar que en el caso de las personas extranjeras no comunitarias sí hay previstas infracciones administrativas que pueden acarrear la privación de libertad.

Así, en los arts. 61 y 62 LO 4/2000 se prevé la posibilidad de que una nacional extracomunitario, al que se haya incoado un expediente por una infracción administrativa de las tipificadas en esta norma que pueda concluir con una sanción de expulsión del territorio español, sea privada de libertad por un plazo de hasta 60 días²¹⁶ mientras se resuelve el expediente. Es decir, una persona de nacionalidad española, o incluso con nacionalidad de un país de la Unión Europea, nunca podrá ser privada de libertad por una infracción administrativa en el Estado español. Una persona con otra nacionalidad sí, siendo este supuesto especialmente llamativo, ya que el ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) es definido como una medida cautelar (la sanción sería la expulsión del territorio español), por lo que ni siquiera existe en ese momento sanción administrativa firme.

²¹⁶ La LO 2/2009 modificó este art. 62 ampliando el plazo de privación de libertad en CIE de 40 a 60 días, en la señalada tendencia de recorte de derechos de las personas extranjeras que ha presidido esta reforma, excepción hecha de los cambios obligados por la STC 236/2007.

Esta posibilidad se contemplaba ya en la primera “Ley de Extranjería” que se aprobó en España, la LO 7/1985, de 1 de julio, y fue objeto de recurso de inconstitucionalidad a instancias del Defensor de Pueblo. Dicho recurso fue resuelto por la STC 115/1987, de 7 de julio. El Tribunal Constitucional consideró que el internamiento es constitucional debido a que la intervención judicial existente en el proceso es suficiente salvaguarda del derecho a la libertad y del derecho a la tutela judicial efectiva del extranjero, a pesar de que realmente es una resolución administrativa en el marco de un procedimiento administrativo lo que determina la privación de libertad. Esta argumentación fue reiterada en la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

Bajo nuestro punto de vista, la argumentación del máximo intérprete constitucional para compatibilizar el mandato del art. 25.3 CE con la privación de libertad de personas extranjeras en un CIE es más que discutible. El hecho de la intervención judicial no obsta para que la privación de libertad se produzca por haber cometido presuntamente una infracción administrativa, en un procedimiento administrativo y al menos indirectamente por una resolución administrativa, lo que taxativamente prohíbe el art. 25.3. Es más, consideramos que el Tribunal Constitucional obvia que junto al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la libertad personal en esta materia está en juego un tercer derecho fundamental: el de la igualdad y no discriminación. La circunstancia de que en la práctica jurídica ninguna persona de nacionalidad española o nacional de un Estado miembro de la Unión pueda ser privado de libertad como consecuencia directa o indirecta de una resolución administrativa, mientras que un ciudadano de un país tercero sí, nos parece difícilmente compatible con el derecho a la igualdad y no discriminación (art.7 DUDH, art. 26 del PIDCP, art. 14 CEDH, arts. 20 y 21 CDFUE... y el propio art. 14 CE -este último a la luz de la STC 107/1984, de 23 de noviembre-), especialmente cuando la jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que estamos ante un derecho inherente a la dignidad humana. Consideramos que la inclusión en este grupo de derechos especialmente vinculados a la dignidad no es otra cosa que un refuerzo al principio de igualdad, haciendo hincapié que respecto al derecho de que se trate, en

este caso la libertad, no caben distinciones por razón de nacionalidad o situación documental.

A lo anterior se une que las condiciones jurídicas y materiales de los Centros de Internamiento de Extranjeros han recibido muy severas críticas tanto desde el ámbito institucional como desde la sociedad civil. La Fiscalía General del Estado ha criticado las muy deficientes condiciones materiales de algunos de estos centros²¹⁷. Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, en su último informe sobre España, señala como motivos de preocupación la ausencia de un reglamento que fije de forma clara los derechos de los internos y facilite el acceso normalizado a los CIE de asociaciones de Derechos Humanos y de ayuda a las personas inmigrantes, así como la situación de absoluta indefensión jurídica en la que quedan estas personas una vez son puestos en libertad sin que se haya podido ejecutar la expulsión a su país de origen²¹⁸. Mucho más preocupantes aún son las denuncias sobre malos tratos en los CIE documentados por parte de colectivos sociales²¹⁹.

B) Libertad de circulación y residencia.

En este caso nos encontramos ante un derecho fundamental de los que el Tribunal Constitucional considera que no es inherente a la dignidad humana (ya desde la STC 107/1984, de 23 de noviembre), por lo que permite que mediante su configuración legal le sea limitado a las personas extranjeras. Ya la redacción literal del art. 19 CE, al señalar que los titulares del derecho son “los españoles”, apuntaba hacia una interpretación restrictiva respecto a la titularidad de las personas extranjeras que ha sido confirmada por su posterior desarrollo legal y por la jurisprudencia constitucional.

²¹⁷ Ver en las Memorias de la Fiscalía General de Estado de los años 2009 y 2010. Disponibles en www.fiscal.es.

²¹⁸ Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ONU sobre España (Informe CERD/C/ESP/CO/18-20, 10 de marzo de 2011).

²¹⁹ Ver en “Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España. Informe CEAR”. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Madrid. Diciembre 2009.

Es muy significativo lo que el Tribunal Supremo, desde fechas muy cercanas a la entrada en vigor de la Constitución (STS 25/06/1980 -sala 4^a-), afirmaba respecto a la libertad de circulación y de elección de residencia:

«Aunque el derecho a elegir la residencia en el territorio de cualquier Estado viene proclamado como ideal común de todos los pueblos por el artículo 13-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), norma de interpretación mandada observar por el artículo 10-1 de nuestra Constitución, es lo cierto que tal ideal no ha conseguido hacerse realidad y que el artículo 19 del citado texto constitucional...».

Aunque pueda ser discutible este posicionamiento desde un punto de vista estrictamente jurídico, ya que el art. 13 DUDH no es un ideal o aspiración, sino Derecho vigente, desde un análisis vinculado a la realidad política el Tribunal Supremo no se aleja de lo que efectivamente se ha venido llevando a cabo respecto a este derecho. Hay que reconocer que el propio contenido sustantivo del art. 13 DUDH alimenta la señalada interpretación, ya que un pleno reconocimiento universal de la libertad de circulación y residencia conlleva un triple derecho: el de “salida” del país de origen, el de “entrada” al de destino y el de “regreso” de nuevo al de origen. Este precepto de la Declaración Universal se centra en el primero y en el tercero, pero omite hacer referencia alguna al segundo. Y siendo una cuestión conectada a una de las áreas del “núcleo duro” de la soberanía del Estado, el control de sus fronteras, finalmente se ha impuesto esa interpretación de la libre circulación y fijación de la residencia como un “ideal”, y salvo en espacios político-jurídicos de integración regional como la Unión Europea, se ha convertido en un derecho fuertemente condicionado por el binomio Estado-nación / nacionalidad.

La jurisprudencia constitucional, tal como hemos señalado, considera que estos derechos no son inherentes a la dignidad humana, por lo que son susceptibles de configuración legal. Sin embargo, deja claro que ello no supone una disponibilidad total de los mismos por parte del legislador ordinario cuando regule su titularidad y ejercicio por personas extranjeras.

Partiendo del marco establecido por el art. 13 DUDH, y de la exigencia de “regularidad / legalidad” contenida en el art. 12 PIDCP y en el Protocolo Adicional 4º de la CEDH, afirma que los extranjeros en situación documental regular tendrán los derechos del art. 19 CE según estén configurados por ley o tratado, por lo que no necesariamente en igualdad con los españoles²²⁰. De esta manera no es posible predicar la “inherencia” a la dignidad humana de la libertad de circulación y de fijación de domicilio, a pesar de que hay algunos pronunciamientos jurisprudenciales de los que podría desprenderse una interpretación favorable del reconocimiento de al menos la libre circulación a los extranjeros en situación documental irregular (STS de 29/03/1988 -sala 4ª-).

La configuración legal para extranjeros de estos derechos se plasma en el art. 5 LO 4/2000: “*Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley...*”. De esta manera, aunque no se exige que la persona extranjera tenga que ser residente en sentido estricto, si debe estar en situación regular en territorio español (incluyendo las situaciones de estancia o el visado de estudios) para “*circular libremente por el territorio español*”. El apartado 2º del artículo prevé limitaciones específicas para personas extranjeras, incluso en situación regular, que en ningún caso podrían ser aplicadas a nacionales españoles:

“...excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente”.

Este precepto permite que por una resolución administrativa discrecional se pueda restringir este derecho fundamental a una persona extranjera, mientras que ello no sería posible para una española salvo que mediara

²²⁰ SSTC 94/1993, de 22 de marzo, 116/1993, de 29 marzo y 242/1994, de 20 julio, por todas.

una resolución judicial (excepción hecha del caso de estar declarado algunos de los estados especiales constitucionalmente previstos). En este caso nos parece censurable la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la presente restricción de la libertad de circulación y fijación del domicilio, tanto en su justificación (*razones de seguridad pública*) como en la determinación de su duración (*cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas*).

Por último, también consideramos que lo dispuesto por el art. 38.5 LO 4/2000 respecto a la autorización inicial de residencia de trabajo se puede considerar como una limitación a la libre fijación del domicilio para la personas extranjeras. El hecho de que dicha autorización pueda limitarse a un determinado territorio restringe en gran medida la posibilidad material de trasladar el domicilio fuera de ese territorio durante su vigencia²²¹.

C) Derecho a la propiedad privada.

Está recogido en el art. 33 CE, dentro de la sección 2ª, capítulo II del Título I, que reconoce los “Derechos y deberes de los ciudadanos”, lo que significa que nos encontramos fuera de los derechos considerados como fundamentales por nuestro texto constitucional. Aquí el legislador ordinario no tiene la limitación de la posible especial vinculación de la dignidad humana, aunque por supuesto debe respetar en la configuración legal los criterios construidos por la jurisprudencia constitucional de justificación razonable, motivación, proporcionalidad, interpretación restrictiva...Lo mismo sería aplicable para el resto de derechos de esta sección, a pesar de que se haga referencia en su título a los “ciudadanos” como titulares de los mismos, lo que podría hacer pensar en la voluntad del constituyente de establecer una especial “preferencia nacional”.

²²¹ En el mismo sentido MARTÍN, L.V. de, MARAÑÓN, T. y ALARCÓN, I.; ob.cit., pp. 38-40 y GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; “Algunas consideraciones acerca de la residencia como atribución de derechos a los inmigrantes”. VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”. Madrid, 2009, p. 8

En lo que concierne al derecho de la propiedad, en un principio los extranjeros tienen acceso a su titularidad y ejercicio en las mismas condiciones que los españoles, pero en la configuración legal se ha sometido a ciertos límites su capacidad de propiedad de bienes relacionados con determinados sectores económicos en los que las inversiones extranjeras están sujetas a restricciones. Según la Ley 18/1992, de 1 de julio, estos sectores serían: juego, actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, televisión, radio y transporte aéreo. Lo anterior no sería aplicable a los residentes en un país de la Unión Europea, salvo lo referente “a las actividades de producción o comercio de armas o relativas a materias de defensa nacional”.

Además, la Ley 18/1992 determina que:

“Reglamentariamente se podrá establecer un régimen especial en relación con el desarrollo por extranjeros de actividades que participen, incluso a título personal, en el ejercicio de autoridad pública. Asimismo, se podrá establecer reglamentariamente un régimen especial en relación con el régimen de extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud pública».

D) Derecho al trabajo.

Aunque el art. 35 CE señala a los “españoles” como titulares del derecho, la literalidad del mismo no justifica por sí misma la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en este ámbito, ya que como hemos señalado en otros derechos que comparten esta misma circunstancia no se han establecido diferencias entre españoles y extranjeros (empezando con la propia igualdad formal del art. 14 CE). Sin embargo, en este caso el Tribunal Constitucional (STC 107/1984, de 23 noviembre) afirma que no existe ningún tratado internacional que determine esa igualdad y que no estamos ante un derecho inherente a la dignidad humana²²². Además, España no ha ratificado los instrumentos internacionales específicos que

²²² Hay autores que consideran que se puede defender (con base en los arts. 22 y 23 DUDH y los arts. 2 y 6 del PIDESC) que ese derecho al trabajo estaría vinculado a la dignidad humana. Ver en GÁLVEZ, J.; “El art. 35 de la Constitución” en ALZAGA VILLAMIL, O. (coord.); Comentarios a la Constitución española de 1978. Civitas. Madrid, 1980, pp. 447 y ss.

intentan establecer la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros contemplados desde su condición de trabajadores (Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de Naciones Unidas, como principal ejemplo). Por lo tanto sería constitucional la exigencia a las personas extranjeras de un permiso administrativo especial para poder ejercer este derecho o que en la concesión del mismo se tenga en cuenta la “situación nacional de empleo”, que no es otra cosa que establecer una preferencia de los españoles en el ejercicio efectivo del derecho (arts. 36 y ss. LO 4/2000). Sin embargo, la STC 107/1984 establece que una vez se disponga del correspondiente permiso de trabajo debe existir igualdad de trato en la titularidad y ejercicio de los derechos laborales,

Por todo lo anterior podría considerarse, y así se ha defendido desde algunos posicionamientos doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales²²³, que no sería posible considerar a un extranjero en situación documental irregular como trabajador, ya que no posee los requisitos administrativos previos para acceder al derecho al trabajo establecidos por la configuración legal del derecho. Sin embargo, la STC 236/2007 realiza una interpretación del concepto de trabajador más “material” que “formal”, vinculada a la existencia real de un importante número de personas extranjeras que realizan prestaciones laborales aunque no tengan el permiso requerido para ello, sirviendo esta interpretación (además de la “inherencia a la dignidad humana” por supuesto) para la extensión de derechos como los de sindicación o huelga a las personas extranjeras que carezcan de documentación. En lo que respecta al ejercicio de profesiones que exijan la posesión de una titulación específica, el art. 36 CE remite al desarrollo legislativo ordinario sin hacer referencia específica a las personas extranjeras. Es en el art. 36.3 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 2/2009, donde se establece la necesidad de la correspondiente homologación de los títulos obtenidos por ellas fuera de España. Sin embargo, alude a la citada necesidad precediéndola de la expresión “*en su caso*”, ya que se

²²³ Ver el ATC 94/1997, de 7 de abril, que considera nulo un contrato de trabajo firmado por un extranjero en situación documental irregular.

puede establecer a través de un acuerdo internacional el reconocimiento automático de titulaciones obtenidas en otros países, como es el caso del espacio de la Unión Europea.

El último elemento a tener en cuenta respecto al derecho de trabajo es el acceso al empleo público de personas de nacionalidad extranjera. En este ámbito el art. 10.2 LO 4/2000, igualmente en la redacción dada por la LO 2/2009, se remite a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. La ley 7/2007 distingue entre ciudadanos de la Unión y ciudadanos de terceros países:

- 1) A los primeros se le permite acceder tanto a la condición de personal laboral de las Administraciones públicas como a la de funcionario en igualdad con los españoles, estándole tan sólo vetados aquellos empleos públicos que “...directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas...” (Art. 57.1 Ley 7/2007).
- 2) Por el contrario, los nacionales de países no UE exclusivamente podrán ocupar empleos públicos como personal laboral, nunca como funcionarios (salvo algunas excepciones, como los cónyuges de persona española o de nacional de la Unión y sus descendientes y aquellos otros habilitados por tratado internacional de la UE ratificado por España o por ley) (Art. 57, apdos. 2 a 5, de la Ley 7/2007)

Un supuesto específico dentro del empleo público lo constituyen las Fuerzas Armadas (FFAA). La citada especificidad proviene de su conexión con el derecho-deber de defender España establecido por el art. 30 CE, que concierne en un principio en exclusiva a los españoles. Este derecho-deber ha sufrido una profunda transformación por dos circunstancias: la total profesionalización de las FFAA tras la desaparición del servicio militar obligatorio y la posibilidad de acceso de determinados extranjeros a las mismas abierta por el RD 1244/2002, de 29 de noviembre, y consolidada por el RD 35/2010, de 15 de enero.

Los señalados reglamentos señalan que los nacionales de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela²²⁴ podrán

“...vincularse profesionalmente a las Fuerzas Armadas como militar de tropa y marinería, o militar de complemento del Cuerpo Militar de Sanidad en la especialidad de Medicina...”

De lo expuesto se desprende que se acota esta posibilidad a los nacionales de países vinculados con España por “especiales relaciones históricas”, y que tienen vedado el acceso a la escala de mando como oficiales, excepto en la rama sanitaria y en la condición de militares de “complemento”, además de que se les impide alargar su carrera militar salvo que adquieran la nacionalidad española (art. 16.2 RD 1244/2002).

Siendo conscientes de las motivaciones prácticas últimas que sostienen esta situación²²⁵, nos llama poderosamente la atención que, teniendo en cuenta que el art. 57.1 Ley 7/2007 excluye a las personas extranjeras de los empleos públicos que conlleven “...ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado...”, se permita sin embargo a extranjeros participar en el ejercicio de una de las potestades cuya exclusividad guardan más celosamente los Estados, y que forma parte de la esencia misma de su existencia: el monopolio de la fuerza.

E) Libertad de empresa.

El tenor literal art. 38 CE no hace distinciones entre españoles y extranjeros a la hora de reconocer la “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”. En teoría habría tan sólo que acudir a la Ley 18/1992, de 1 de julio, y tener en cuenta las restricciones establecidas

²²⁴ Anexo I del RD 35/2010, de 15 de enero.

²²⁵ Las condiciones laborales poco atractivas de las FFAA han dificultado sobremanera cubrir las necesidades de las mismas exclusivamente con españoles durante años.

para la inversiones extranjeras en determinados sectores económicos. Sin embargo, las personas extranjeras, si pretenden ejercer esta libertad directamente como persona física en territorio español, deberán además de conseguir la pertinente autorización de residencia y trabajo por cuenta propia prevista en el art. 37 LO 4/2000, algo que no será necesario si la iniciativa empresarial se realiza a través de una persona jurídica de carácter societario sin que sus promotores pretendan residir en España. Un ejemplo más de que en el actual contexto de la globalización existe una marcada diferencia entre libertad de movimiento de capitales y de personas.

F) Derecho a la vida en familia.

Dentro de este genérico título se pueden englobar distintos derechos: desde la intimidad familiar reconocida en el art. 18 CE, pasando por el art. 32 CE que reconoce el derecho al matrimonio con plena igualdad jurídica y terminando por la protección de la familia encomendada a los poderes públicos por el art. 39 del texto constitucional. Este elenco de derechos, a pesar de que el art. 16.3 DUDH afirma que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad...”*, no se considera que sea inherente a la dignidad humana (salvo la intimidad familiar, que sí está incluida dentro del listado jurisprudencial de derechos inherentes a la dignidad humana). Por lo anterior, el instrumento clave para que una persona extranjera pueda ejercer de forma efectiva su derecho a vivir en familia, la reagrupación familiar, queda supeditado a la situación documental regular (arts. 16 y ss. LO 4/2000).

Sin entrar en un profundo análisis sobre si la vida en familia debería ser o no unas de las realidades protegidas por la especial vinculación con la dignidad humana, no podemos dejar de señalar que la posibilidad de la configuración legal de los derechos de los extranjeros no puede conllevar arbitrarias restricciones de los mismos, tal como establece la consolidada jurisprudencia constitucional ya citada. Bajo nuestro punto de vista, la justificación legítima, motivación y proporcionalidad en la

limitación²²⁶ brillan por su ausencia en la modificación introducida por la LO 2/2009 en el nuevo art. 17.1.d LO 4/2000. Exigir el requisito de que un ascendiente de primer grado deba tener más de 65 años para que sea susceptible de ser reagrupado no resiste un mínimo análisis desde los parámetros señalados, por lo que consideramos legítimo poner en duda su constitucionalidad.

G) Derecho a la vivienda.

El art. 47 CE, en el marco de los “principios rectores de la política social y económica”, dispone que: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada...”*

Lo primero que hay que tener en cuenta es que todas las previsiones contenidas en el capítulo III del Título I de la Constitución no generan auténticos derechos subjetivos, quedando su efectividad material a expensas de la posterior legislación de desarrollo. Y la realidad jurídica, política, económica y social de los últimos años ha dejado bien claro que ese acceso universal a una vivienda digna está aún en un horizonte muy lejano, incluso para los españoles, a los cuales el tenor literal del art.47 CE señala como titulares del derecho. A pesar de lo anterior, en esta materia es interesante observar la evolución legislativa en lo que atañe a la titularidad del derecho a la vivienda por parte de las personas extranjeras en España. Fue significativo que el art. 13 de la LO 4/2000, en su redacción original, equiparara a españoles y a todos los extranjeros residentes para el acceso al sistema de ayudas de vivienda, a pesar de que la Constitución tan sólo reconoce el derecho a una vivienda digna a los españoles. Estaríamos ante uno de los casos donde la configuración legal prevista en el art. 13.2 CE ha sido aplicada de forma extensiva, ampliando el reconocimiento a personas extranjeras de derechos inicialmente concebidos sólo para nacionales españoles. Sin embargo, la reforma operada por la LO 2/2009 modifica el art. 13 LO 4/2000

²²⁶ Exigencias construidas por la jurisprudencia constitucional desde una época muy temprana (SSTC 26/1981, de 17 julio, 13/1985, de 31 enero, y 291/1993, de 18 octubre) y confirmadas por la más reciente STC 236/2007.

y limita la equiparación a españoles y extranjeros residentes de larga duración, excluyendo a los residentes que carezcan de este tipo de permiso de residencia. Esta restricción de derechos tiene exclusivamente una motivación política, que a nuestro juicio se incardina en la línea argumental de corregir el supuesto desequilibrio existente entre derechos y deberes de las personas extranjeras en España en particular y la Unión Europea en general, a la que ya hemos aludido en varias ocasiones.

H) Derecho administrativo sancionador y extranjería.

Los arts. 50 y ss. LO 4/2000 establecen el régimen administrativo de infracciones y sanciones en materia de extranjería. Esta circunstancia no es excepcional, ya que cuando se aprueba una normativa de “carácter sectorial” es muy habitual que ésta incluya una relación de infracciones y sanciones administrativas para reprimir las conductas antijurídicas no penales especialmente relacionadas con la materia de que se trate. La peculiaridad de la LO 4/2000 (en la redacción dada por la LO 2/2009) es que tipifica como infracciones determinadas conductas exclusivamente cuando afectan a personas extranjeras, dándose la paradoja de que la comisión de las mismas por personas españolas en ámbitos ajenos a la extranjería con la finalidad de la obtención de un beneficio ilícito no merecen reproche administrativo de perfil sancionador. Esta situación queda perfectamente plasmada en los arts. 53.1.c y 53.2.d LO 4/2000, que consideran infracción grave falsear los datos de una persona extranjera en el alta del padrón municipal y permitir la inscripción de un extranjero en un domicilio que no constituya su domicilio habitual real. Sin embargo, cuando sea una persona española la que falsee estos datos o se le permita empadronarse en un domicilio que no sea el suyo, la conducta no merecerá sanción administrativa, incluso en el caso que con ella se pretenda obtener una ventaja ilegítima que pueda llegar a perjudicar a terceros de buena fe²²⁷.

²²⁷ Es muy habitual que personas de nacionalidad española se empadronen en domicilios de familiares o amigos para poder obtener para sus hijos la plaza escolar deseada. En caso de que se ponga de manifiesto esta falsedad, simplemente no se tendrá en cuenta la circunstancia/mérito alegado con base a dicho empadronamiento en el proceso de escolarización, pero no está tipificada como infracción con su correlativa sanción administrativa.

CAPÍTULO TERCERO.- UNA APROXIMACIÓN A
LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE
LOS RESIDENTES EXTRANJEROS EN EL DERECHO
COMPARADO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PAÍSES
MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA.

I) UNIÓN EUROPEA.

Al tratar la cuestión de la participación política de los residentes extranjeros en el ámbito de la Unión Europea hay que establecer una clara distinción entre los nacionales de los Estados miembro y los de terceros países.

I.1) NACIONALES DE ESTADOS MIEMBRO (CIUDADANOS EUROPEOS).

Ya se ha señalado al analizar el concepto de ciudadanía europea (arts. 9 TUE y 20 TFUE, en la redacción dada por el Tratado de Lisboa) que la misma les abre a los nacionales de los Estados miembro la posibilidad de ejercer ciertos derechos políticos en el espacio político-institucional de la propia Unión. También conlleva un acotado ámbito de participación en las instituciones nacionales de los países de la UE.

De entre los derechos de participación política vinculados a la ciudadanía europea destacan los de sufragio activo y pasivo en elecciones europeas y municipales de los ciudadanos de la Unión cuando residen en un Estado miembro del que no son nacionales²²⁸. El Consejo de la Unión Europea aprobó sendas directivas de especial interés para el objeto de estudio de la presente tesis doctoral, donde determina las “modalidades de ejercicio” de estos derechos: la Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993 para las elecciones al Parlamento Europeo y la 94/80/CE de 19 de diciembre de 1994 para las elecciones municipales.

²²⁸ En esta misma línea la CDFUE (arts. 39 y 40) incorpora como derecho fundamental de los ciudadanos de la UE el sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo y en las municipales de los Estados miembro.

I.1.a) La Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993, por la que se establecen las modalidades del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo para los ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro del que no son nacionales.

Para las elecciones al Parlamento europeo en 1976 el entonces Consejo de las Comunidades Europeas (CEE, CECA y EURATOM) estableció la conocida como Acta Electoral Europea a través de la Decisión 76/787²²⁹. En general, esta decisión remite a las disposiciones electorales internas para el procedimiento electoral de las elecciones europeas y establece respecto del Parlamento europeo los grandes principios del sistema parlamentario occidental: elección por sufragio universal, directo y secreto (art.1), voto individual y personal e inexistencia de mandato imperativo (art.4), establece las incompatibilidades con la condición de europarlamentario (art.6), imposibilidad de votar más de una vez en las mismas elecciones (art.8)... También fija un mandato de 5 años (art.3) y establecía en el art. 2 un reparto de diputados por Estados miembro que se ha ido actualizado con las sucesivas ampliaciones de la Unión.

Partiendo de lo anterior, a los efectos de esta línea de investigación nos interesa principalmente la señalada directiva 93/109/CE, cuya aprobación se derivó de la instauración de la ciudadanía europea en 1992 por el Tratado de Maastricht. Con este tratado se abría por primera vez la posibilidad de que nacionales de los Estados miembro participaran activa y pasivamente en los comicios al Parlamento europeo en otro país distinto al de la nacionalidad que ostentan. La directiva exige los siguientes requisitos para el ejercicio de esa posibilidad:

- 1) Ser ciudadano europeo y cumplir las condiciones establecidas por el Estado miembro en el que resida para sus nacionales (art. 3)
- 2) No se podrá ejercer simultáneamente el sufragio activo y/o pasivo en el país de origen y en el de residencia (art.4).

²²⁹ Modificada por la Decisión 2002/772/CE del Consejo.

- 3) No estar desposeído del derecho de sufragio activo y/o pasivo por alguna de las causas establecidas en el art. 6 de la directiva.
- 4) Mostrar la intención de ejercer el derecho al sufragio activo e inscribirse en el censo electoral siguiendo los requisitos formales determinados por el Estado de residencia (arts. 7, 8 y 9).
- 5) Para el ejercicio del sufragio pasivo, además de cumplir los trámites comunes con los nacionales del Estado de residencia, se deberá realizar una declaración formal con los contenidos indicados en el art.10.
- 6) A los ciudadanos europeos no se le exige un periodo mínimo de residencia para el ejercicio de estos derechos, salvo que:
 - El Estado de residencia se lo exija a sus propios nacionales (art.5).
 - *Si, el 1 de enero de 1993, la proporción de ciudadanos de la Unión en edad de votar residentes en un Estado miembro sin poseer la nacionalidad del mismo fuese superior al 20 % del conjunto de ciudadanos de la Unión en edad de votar y residentes en él, dicho Estado miembro... podrá: establecer para el sufragio activo respecto a los ciudadanos europeos que no sean sus nacionales un período mínimo de residencia no superior a cinco años y para el sufragio pasivo un período mínimo que no podrá ser superior a diez años”* (art.14).

I.1.b) La Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

En ella se establecen los requisitos para el ejercicio de estos derechos y determina las modificaciones que deben realizar los Estados de la

Unión en sus ordenamientos internos para garantizarlos efectivamente²³⁰. La directiva fue modificada en 1996, 2003 y 2006 con motivo de las sucesivas ampliaciones de la UE.

En términos generales, la Directiva 94/80/CE establece previsiones similares a las contenidas en la 93/109/CE para las elecciones europeas; aunque sí determina algunas peculiaridades relevantes. Destaca la inexistencia de prohibición de doble sufragio, por lo que un ciudadano europeo podrá participar simultáneamente en los comicios locales de su país de origen y en los de su lugar de residencia, contrariamente a lo que sucede en las elecciones al Parlamento europeo. La justificación de esta distinción es evidente: en el ámbito local se trataría de procesos electorales diferenciados donde se eligen órganos distintos, mientras que las elecciones europeas son un solo proceso donde cada Estado miembro representaría una “circunscripción electoral” para elegir una misma cámara de representantes.

Por otra parte, el art. 5 Directiva 94/80/CE permite a los Estados miembro restringir el sufragio pasivo de los ciudadanos europeos respecto a algunos cargos municipales como el de alcalde o teniente de alcalde, o que siendo elegidos como miembros de una corporación local les sea vetado participar en la elección de miembros de una asamblea parlamentaria o incluso de los electores de estos últimos. El art. 12 también establece una limitación en el “sufragio municipal” análoga a la prevista en el art. 14 Directiva 93/109/CE para el caso de que los ciudadanos europeos no nacionales superen el 20% de la población en un Estado miembro, pudiendo establecerse un plazo de residencia mínimo equivalente a un mandato para el sufragio activo y de dos para el pasivo.

Algunos autores señalan la dificultad que representa la diversidad de organizaciones territoriales locales en los distintos países de la UE a la hora de una correcta aplicación de la directiva, a pesar de las aclaraciones contenidas en el art. 1 y en el anexo de la misma; y vinculan el establecimiento del citado límite del 20% de ciudadanos europeos extranjeros residentes para imponer restricciones al sufragio de éstos

²³⁰ Incorporada al ordenamiento jurídico español por la LO 1/1997, de 30 de mayo, que reforma los arts. 176 y 177 de la LOREG

con el miedo al “voto comunitarista”²³¹. Aunque la diversidad señalada es notable, consideramos que no debe suponer un obstáculo insalvable para un normal reconocimiento y ejercicio del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por los ciudadanos europeos extranjeros en su Estado miembro de residencia. Sí entendemos que la posibilidad de limitar estos derechos en el caso de que exista una población de ciudadanos europeos extranjeros considerable en un Estado miembro está basada en el fondo en una prevención de “conflictos de lealtades”, lo que nos parece contradictorio con la pretendida fundamentación del proceso de integración política de la Unión y de la propia ciudadanía europea en una teórica “identidad europea” común.

²³¹ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., pp. 132-134.

I.2) NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES.

Respecto a ellos no existe en la actualidad un reconocimiento normativo de derechos políticos en el ámbito institucional de la Unión Europea. Hasta el momento todo lo establecido en la materia por las instituciones europeas ha revestido el carácter de resoluciones políticas sin fuerza vinculante²³².

Sin embargo, lo anterior no significa que la dimensión política de los residentes de terceros países no haya sido una cuestión debatida en el seno de la Unión. De hecho ya en 1975 la Comisión de las entonces Comunidades Europeas elaboró un informe dirigido al Consejo donde se establecía la conveniencia de avanzar en el reconocimiento de la participación de los nacionales de terceros países residentes en las elecciones locales de los Estados miembro, estableciendo como horizonte temporal el año 1980 y dejando abierta la definición de los requisitos para ello, principalmente el periodo mínimo de residencia exigible²³³.

El siguiente hito relevante lo encontramos en el analizado concepto de “ciudadanía cívica”, donde se abogaba por dar acceso a los residentes de terceros países a los derechos de la ciudadanía europea, entre ellos los políticos²³⁴, que aunque tuvo un mayor recorrido político que el informe de la Comisión de 1975 tampoco cristalizó en norma jurídica alguna.

En los años posteriores diversos organismos de la Unión llevaron a cabo recomendaciones no vinculantes que apostaban por cierto

²³² Salvo la interpretación extensiva respecto a la titularidad del derecho de petición ante el Parlamento europeo que hace el art. 227 TFUE, que se la reconoce a cualquier persona que “resida” en el territorio UE. Dada la escasa relevancia práctica de este derecho, su apertura a los residentes de terceros países se puede considerar casi anecdótica.

²³³ Algo que evidentemente no se llevó a cabo. Ver en LUCHESSE, Anna; “Le droit aux étrangers pour les élections locales en Europe”. *Revue du Marché Commun* n° 309. 1987, pp. 473 y ss.

²³⁴ Como señalamos en su momento el punto de partida del concepto fue la Comunicación de la Comisión Europea del año 2000 COM-2000-757, de 22 de noviembre.

reconocimiento de derechos políticos de los nacionales de terceros países en el nivel municipal²³⁵.

Además de las resoluciones citadas, nos parecen de especial relevancia las que han surgido en los últimos años respecto a la materia que nos ocupa en el Parlamento europeo. No sólo porque la “eurocámara” se haya caracterizado desde sus inicios por ser la institución de la UE más avanzada a la hora de ampliar el reconocimiento de derechos fundamentales, sino también por el carácter simbólico que le dota de ser la única que tiene la legitimación democrática directa de los ciudadanos europeos²³⁶.

Dentro de las resoluciones del Parlamento europeo es preciso destacar el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior en relación con el 4º Informe sobre la ciudadanía de la Unión (2005/2060 INI), conocido como “informe Catania” al ser su ponente Giusto Catania. En este informe se hacen dos propuestas respecto al ejercicio de los derechos políticos de un profundo calado:

- 1) Extensión del derecho al voto en las elecciones municipales a los nacionales de terceros países y apátridas que hayan residido en un Estado miembro un periodo mínimo de 5 años (además de insistir

²³⁵ Entre otras, podemos destacar:

1) Comunicación de la Comisión COM (2003) 336, final, de 3 de junio. Partiendo de una alusión al concepto de ciudadanía cívica, establece que “Desde el punto de vista de la integración, es obvio que el derecho de voto local no debería derivarse de la nacionalidad sino de la residencia permanente. La Comisión considera que, de cara al proceso de integración, sería importante conceder derechos políticos a los inmigrantes residentes de larga duración...”

2) Comunicación de la Comisión COM (2004) 695, final, de 16 de octubre. Defendía, refiriéndose a los países no UE del Espacio Económico Europeo, que ya que se le había concedido la libertad de circulación y residencia a sus ciudadanos sería conveniente reconocerles igualmente el sufragio en los comicios locales (pero a través de acuerdos bilaterales entre los Estados miembro y estos países).

3) Comunicación de la Comisión COM (2005) 389, final, de 1 de septiembre. Como consecuencia de su afirmación “La participación de los inmigrantes en el proceso democrático y en la formulación de las políticas y medidas de integración, especialmente a nivel local, favorece su integración”, anima a los Estados miembros a “reducir los obstáculos al ejercicio de los derechos de voto” de los residentes de terceros países.

²³⁶ Ver las Resoluciones del Parlamento Europeo 2000/2231 INI, 2001/2014 INI y 2002/2013 INI (todas ellas analizan la situación de los derechos fundamentales en la Unión y realizan recomendaciones al respecto). En las tres resoluciones se promueve la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local de 1992 por parte de los Estados UE que aún no lo han ratificado. Constituyen el primer posicionamiento significativo del Parlamento a favor del reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros de terceros países.

en la necesidad de ratificar Convenio del Consejo de Europa sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local)²³⁷.

- 2) Propone a los Estados miembros que estudien la posibilidad de extender el sufragio activo y pasivo a los ciudadanos europeos en las elecciones regionales y nacionales.

Esta tendencia favorable del Parlamento europeo al avance en el reconocimiento de los derechos políticos de los residentes de terceros países sufrió un cambio de dirección significativo el 17 de enero de 2006, cuando su pleno rechazó la aprobación del citado “informe Catania”²³⁸.

Para cerrar esta cuestión es imprescindible hacer referencia a dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la de 12/09/2006 en el caso C-145/04 (Reino de España vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) y la también de 12/09/2006 en el caso C-300/04 (M.G. Eman y O.B. Servinger vs College van burgemeester en wethouders van Den Haag). En la fundamentación jurídica de ambos fallos se esgrimen argumentos muy valiosos para la defensa de la ampliación del reconocimiento de los derechos políticos superando la barrera de la nacionalidad en el espacio de la Unión Europea.

La sentencia del asunto C-145/04 resolvía un contencioso entre España y Reino Unido, en el que el Estado español se oponía a la extensión del sufragio a los británico-gibraltareros en las elecciones europeas por parte del británico. Reino Unido había extendido a los “qualifying Commonwealth citizens”²³⁹ el derecho al sufragio en las elecciones europeas por medio de la “European Parliament Representation Act” de 2003²⁴⁰. El TJUE afirmó que ni de los tratados constitutivos de la Unión

²³⁷ En la misma línea el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión Europea (2006/2056 INI).

²³⁸ Ver acta de la citada sesión en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PV+20060117+ITEM-007_05+DOC+XML+VO//ES&language=ES

²³⁹ Nacionales de los países de la Commonwealth, organismo internacional que agrupa a los Estados que fueron colonias británicas.

²⁴⁰ Esta norma se adoptó en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos 24833/94, de 18/02/1999, en el caso Matthews vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde el TEDH amparó el reconocimiento del derecho a participar en los comicios europeos reclamado por un ciudadano británico-gibraltarero.

ni del Acta Electoral Europea se puede desprender una interpretación que cierre la posibilidad de que un Estado miembro extienda el derecho de ser titular del sufragio en elecciones europeas a no nacionales de la UE, señalando que es compatible el concepto de ciudadanía europea con la participación política de residentes extranjeros de terceros países. Además, utilizando una argumentación más “práctico-política” que jurídica, añadió el tribunal como argumento favorable al sentido final de su fallo que esta situación en realidad sólo afecta a los eurodiputados elegidos en Reino Unido y no a los del resto de Estados miembro.

En la sentencia sobre el asunto C-300/04, donde se analizaba la negativa de Holanda a inscribir en el censo de las elecciones europeas a habitantes del territorio de ultramar bajo soberanía holandesa conocido como “Antillas holandesas”, el TJUE vuelve a afirmar en la fundamentación jurídica que un Estado miembro de la Unión puede extender el sufragio en las elecciones europeas a extranjeros de terceros países, aunque esta cuestión no fuera el objeto principal del fallo.

Coincidimos con Durán y Martín en señalar la relevancia de ambas sentencias como el apoyo de una institución del nivel del TJUE a la progresiva desvinculación entre ciudadanía y nacionalidad y a la apuesta por el criterio de la residencia como puerta de acceso a un status jurídico-político pleno. También compartimos con estos autores la afirmación de que el Derecho de la Unión Europea dispone de los instrumentos jurídicos necesarios para ampliar la participación de ciudadanos europeos que residan en un Estado miembro distinto al de la nacionalidad que ostentan también a elecciones autonómicas o estatales (en Estados federales), en la línea de lo propuesto por el “informe Catania”²⁴¹. Sin embargo, no coincidimos con su apreciación de que sería mucho más complicada la extensión de la participación en las elecciones generales a los ciudadanos europeos, ya que esta afectaría a la soberanía nacional y ello encontraría obstáculos constitucionales en muchos Estados miembro. Consideramos que no se puede distinguir entre el ámbito nacional y el autonómico-estatal respecto al ejercicio de

²⁴¹ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., pp. 132 y ss

la soberanía nacional, teniendo en cuenta los distintos pronunciamientos de las instituciones judiciales-constitucionales de los Estados miembro. Éstas avalan la participación de personas extranjeras en el ámbito local porque consideran que las instituciones municipales llevan a cabo funciones que no afectan a la soberanía nacional, siendo el principal “indicio” del ejercicio de soberanía la potestad legislativa, que no poseen los entes locales y que normalmente reside en el Parlamento nacional y en los autonómicos-estatales en los Estados descentralizados. Por lo expuesto, soberanía se ejerce tanto en el ámbito nacional como en el autonómico-estatal, y de esta manera los mismos argumentos utilizados para defender el derecho de sufragio de los ciudadanos europeos en los comicios autonómicos-estatales deberían ser válidos para los nacionales, tal como hace el citado “informe Catania”.

II) PAÍSES MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA²⁴².

No hay una situación uniforme respecto al reconocimiento del derecho de sufragio de los residentes extranjeros de terceros países en los 27 Estados miembro de la Unión, aunque son numerosos los que les reconocen algunos niveles de participación política, principalmente en los procesos electorales municipales. En este sentido no se puede desconocer la positiva influencia que ha tenido el Convenio del Consejo de Europa sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local de 1992 en los Estados que lo han ratificado a la hora de avanzar en este reconocimiento. También es significativo que en los países europeos con un mayor recorrido en el ejercicio de los derechos políticos por los extranjeros no comunitarios no se han confirmado los temores de sus detractores (el voto “comunitarista” esencialmente), aunque igualmente merece una reflexión el aumento de la abstención de los residentes extranjeros experimentado con el paso del tiempo.

La mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de esta materia, y nosotros con ella, señala que el elemento básico de todo este proceso en el ámbito de la Unión ha residido y reside en la “gestión” de la cuestión de la soberanía nacional y su vinculación con conceptos como pueblo o nación. Decidir si es aceptable que personas extranjeras puedan participar en el ejercicio de la soberanía, y en caso negativo, determinar en qué instancias políticas efectivamente se lleva a cabo dicho ejercicio y en cuales no (sólo en las segundas sería en ese escenario factible la

²⁴² Los datos sobre la situación del reconocimiento del derecho de sufragio en el Derecho comparado de los Estados miembro de la Unión Europea han sido obtenidos básicamente de las siguientes fuentes:

- MOYA MALAPEIRA, David y VIÑAS FERRER, Alba (eds.); Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa. Fundación Carles Pi i Sunyer. Barcelona, 2010.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit.
- SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros... cit.
- LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros...cit.
- Páginas “web” oficiales de las principales instituciones políticas de cada uno de los Estados. Junto al apartado de bibliografía incluimos un anexo específico de “fuentes electrónicas” de Derecho comparado.

participación de extranjeros), son dos de los interrogantes básicos a despejar en la construcción de la dimensión política de las personas extranjeras.

Sin perjuicio de los comentarios más detallados que se llevarán a cabo respecto a los aspectos especialmente relevantes de la materia, en la siguiente tabla se recoge un resumen esquemático de la situación del reconocimiento del derecho de sufragio de los residentes extranjeros de terceros países en los 27 Estados miembro:

Estado miembro	Nivel de participación	Entrada en vigor	Condiciones/Comentarios
Alemania	Ninguno		1990: 2 Lander pretendían reconocer el derecho de sufragio en el nivel local a los residentes extranjeros no UE, pero la iniciativa fue declarada "inconstitucional"; varios debates parlamentarios.
Austria	Ninguno		2002: Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la decisión del Estado Federado de Viena de reconocer el derecho de sufragio en el ámbito local a residentes extranjeros de países no UE.
Bélgica	Local sin elegibilidad	2004	5 años de residencia con condiciones específicas.
Bulgaria	Ninguno		
Chipre	Ninguno		
Dinamarca	Local	1981 1995	3 años de residencia sufragio activo y pasivo en elecciones locales. Sufragio activo y pasivo en elecciones locales sin residencia mínima para nacionales de países nórdicos no UE.
Eslovenia	Local	2002	Residentes permanentes (8 años de residencia) con restricciones en el sufragio pasivo.
Eslovaquia	Local y regional	2001	Residentes permanentes (3 años de residencia).
España	Local	1992	Reciprocidad a través de Tratados entre Estados. Tratados en vigor (sólo reconocen el s. activo por ahora): Noruega (residencia de 3 años) / Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda, Paraguay y Perú (residencia de 5 años)

Estonia	Local sin elegibilidad	2002	Residentes permanentes (3 años de residencia). La situación en Estonia, junto a la de Letonia, es única en Europa. En 2003, sólo el 58% de la población era étnicamente estonia y no ostentaba la nacionalidad estonia el 31% (especial relevancia la minoría rusa).
Finlandia	Local	1995	2 años de residencia, sin residencia mínima para los nacionales de Islandia y Noruega.
Francia	Ninguno		Adopción de una proposición de ley en el parlamento (el 3/05/2000) pero nunca estuvo en el orden del día del Senado.
Grecia	Ninguno		
Hungría	Local y regional sin elegibilidad	1990	Sin residencia mínima.
Irlanda	Local Todos los niveles (no presidenciales)	1972 1984/1992	Sufragio activo y pasivo sin residencia mínima. Sufragio activo para nacionales del Reino Unido. También se puede extender por reciprocidad el resto de países de la UE
Italia	Ninguno		Varios debates en el Parlamento en 2003.
Letonia	Ninguno		Como en Estonia, la etnia letona es el 65,2% de la población (2003) y el 22% no tiene nacionalidad letona (igualmente significativa la minoría rusa).
Lituania	Local	2002	Residentes permanentes (5 años de residencia).
Luxemburgo	Local	2003	5 años de residencia. Haciendo uso del art. 12 de la Directiva 94/80/CE, exige también a los ciudadanos UE no luxemburgueses una residencia de 5 años para el sufragio activo y pasivo local., al superar el 20% de la población.
Malta	Local	2001	La reforma constitucional de 2001 permite la extensión a residentes de terceros países, pero no ha sido desarrollado aún por la legislación ordinaria.
Países Bajos	Local	1985	5 años de residencia.
Polonia	Ninguno		
Portugal	Local	2001	Bajo el principio de reciprocidad: Sufragio activo tras 2 años para países de lengua portuguesa (a día de hoy reconocido a Brasil y Cabo Verde) después 3 años de residencia para otros países (por ahora Argentina, Islandia, Chile, Uruguay y Noruega). Sufragio pasivo para países de lengua portuguesa tras 4 años de residencia (a día de hoy reconocidos a Brasil y Cabo Verde) y tras 5 años para otros países (ninguno hasta el momento).

Reino Unido	Todos los niveles	2000	Sufragio activo para nacionales de la Commonwealth e Irlanda sin residencia mínima.
Republica Checa	Local sin elegibilidad	2001	Reciprocidad
Rumanía	Ninguno		
Suecia	Local y regional	1975 1991	3 años de residencia. Sin residencia mínima para nacionales de Islandia y Noruega.

II.1) ESTADOS MIEMBRO DE LA UE QUE RECONOCEN DERECHOS DE PARTICIPACIÓN A RESIDENTES EXTRANJEROS A NIVEL NACIONAL.

II.1.a) Reino Unido:

Los residentes nacionales de países de la Commonwealth y de Irlanda pueden participar como electores en elecciones parlamentarias sin ningún periodo mínimo de residencia (art. 1.1 Representation People Act año 2000) y con la ya citada European Parliament Representation Act de 2003 también se abre la posibilidad de participar en las elecciones europeas a nacionales de la Commonwealth. La justificación política de este reconocimiento reside en los lazos “histórico-culturales” que se considera que persisten entre el Reino Unido y sus antiguas colonias (de hecho, la monarquía británica sigue ostentando una jefatura de Estado simbólica en países como Canadá, Australia, Jamaica, Nueva Zelanda...). Desde esta perspectiva podría defenderse que los ciudadanos de la Commonwealth forman parte de alguna manera del “pueblo británico”, siendo por ello viable permitirles incidir en el ejercicio de la soberanía nacional.

II.1.b) Irlanda:

Es el Estado miembro con un régimen más avanzado respecto al reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros: tan sólo reserva las elecciones presidenciales y los referéndums a los irlandeses (art. 12 de la Constitución irlandesa -Cl-). Para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros combina los criterios de residencia y de reciprocidad: en el ámbito local se utiliza el criterio de “residencia

puro”, ya que se reconoce el sufragio activo y pasivo a cualquier persona independientemente de su nacionalidad que resida en Irlanda (sin exigir un periodo mínimo, art. 28.a) CI y art.10 ley electoral irlandesa 23/1992); en el ámbito nacional opta por el criterio de reciprocidad, al reconocer inicialmente el sufragio activo en las elecciones parlamentarias a los británicos en correspondencia al reconocimiento que hace Reino Unido a los irlandeses y establecer la posibilidad de extender estos derechos a los ciudadanos de la Unión respetando la reciprocidad (arts. 16 CI y 8 de la ley electoral 23/1992). A día de hoy Irlanda no ha firmado ningún tratado bajo el criterio de reciprocidad con otro Estado miembro, por lo que tan sólo los británicos pueden participar en las elecciones parlamentarias irlandesas, a pesar de lo cual consideramos muy relevante la situación normativa irlandesa en esta materia. Irlanda es pionera en el espacio de la UE en la ruptura de la vinculación de los conceptos “soberanía” y “pueblo” sin recurrir a interpretaciones extensivas basadas en razones histórico-culturales, como hace el Reino Unido respecto a la Commonwealth. Al circunscribir esta posibilidad a los ciudadanos europeos, en gran medida Irlanda apuesta por una potenciación de la dimensión política de la ciudadanía europea en la línea mantenida por el “informe Catania”.

II.2) ESTADOS QUE PERMITEN LA PARTICIPACIÓN DE RESIDENTES EXTRANJEROS DE TERCEROS PAÍSES EXCLUSIVAMENTE EN EL NIVEL LOCAL.

En este grupo de países existe una gran diversidad normativa, ya que algunos abren la participación al sufragio activo y pasivo, y otros lo limitan al activo; hay Estados que optan por el criterio de residencia mientras otros priorizan la reciprocidad... Haremos un breve repaso a las diferentes opciones legislativas más recurrentes:

- a) **Reconocen sufragio activo y pasivo:** Dinamarca, Eslovenia, Eslovaquia, España, Finlandia, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia.
- b) **Reconocen exclusivamente sufragio activo:** Bélgica, Estonia, Hungría, y República Checa.
- c) **Reconocen la participación en elecciones regionales:** Eslovaquia, Suecia y Hungría. Hay que señalar que, al no tener ninguno de estos Estados una estructura territorial de carácter confederal, federal o autonómico, los entes regionales tienen competencias que no puede considerarse que afecten a la “soberanía nacional”, por lo que la participación de extranjeros en los mismos en realidad debe asimilarse a la que tienen en el ámbito estrictamente local en cuanto a su incidencia en dicha soberanía.
- d) **Establecen “privilegios” para residentes extranjeros nacionales de países con especiales relaciones históricas y/o culturales:** Dinamarca, Finlandia y Suecia no exigen residencia mínima a islandeses y noruegos y Portugal reduce los periodos de residencia exigidos a los nacionales de países de lengua portuguesa (a día de hoy Brasil y Cabo Verde). A lo anterior que hay que añadir

lo reseñado en Reino Unido respecto a la Commonwealth.

- e) **Exigen el criterio de reciprocidad:** España, Portugal y República Checa. Los tres, además de respetar la exigencia de reciprocidad, establecen en la práctica la necesidad de un periodo mínimo de residencia²⁴³.
- f) **Optan por el criterio de residencia:** Es la opción ampliamente mayoritaria entre los Estados miembro que reconocen derechos políticos a nivel local, aunque con condiciones muy diferentes en lo concerniente al periodo mínimo de residencia exigido:
- 1) Sin periodo mínimo: Hungría e Irlanda.
 - 2) Periodo de “corta duración” (2-3 años): Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia y Suecia.
 - 3) Periodo de “larga duración” (5 o más años): Bélgica, Eslovenia, Lituania, Luxemburgo y Países Bajos. Salvo Eslovenia, que exige un periodo llamativamente extenso (8 años), el resto establecen uno de 5 años, coincidiendo con el recomendado por el Convenio del Consejo de Europa sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local de 1992, que en gran medida se ha erigido como el “periodo referencia” en la materia. En este sentido también influye que en un número significativo de ordenamientos internos de Estados miembro precisamente sea ese plazo de 5 años el exigido para que un extranjero pueda acceder al status de “residente permanente” (de “larga duración” en España).

²⁴³ Irlanda también contempla la señalada posibilidad de reciprocidad en el ámbito nacional con los países de la UE, algo que como hemos indicado no se ha llevado la práctica hasta el momento.

II.3) ESTADOS DE LA UNIÓN QUE NO CONTEMPLAN NINGÚN NIVEL DE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO A LOS RESIDENTES DE TERCEROS PAÍSES.

Estos Estados son Alemania, Austria, Bulgaria, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Polonia y Rumanía. Llama la atención que todavía cerca del 40% de los Estados miembro de la UE no reconozcan ningún derecho de sufragio a este colectivo y especialmente que dentro de ellos estén países del peso político de Alemania, Francia e Italia. En teoría, la instauración de la ciudadanía europea y el consiguiente reconocimiento de derechos políticos a los nacionales de un Estado miembro que residan en otro país UE debería haber roto en gran medida los recelos respecto al reconocimiento de la dimensión política de los residentes extranjeros. Sin embargo, esta situación muestra que las resistencias a avanzar en esa dirección son todavía muy fuertes.

Nos detendremos en el análisis de los Estados más relevantes de este grupo, principalmente en aquéllos donde se han producido pronunciamientos constitucionales respecto a la relación entre los conceptos “soberanía/pueblo/nación” y el reconocimiento de la participación política de los residentes extranjeros:

II.3.a) Alemania:

El art. 20.2 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB) establece que “... *todo el poder estatal emana del pueblo...*” lo que se ha interpretado como una cerrada identificación entre soberanía y pueblo alemán, tal como señalaremos a continuación. Sin embargo, el art. 28.1 del mismo texto, tras ser reformado por la ley 21/12/1992 con motivo de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, reconoce la participación en las elecciones locales a los ciudadanos de la Unión Europea.

La señalada identificación del art. 20.2 LFB tiene su fundamento en dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) de 31/10/1990 (2BvF 2/89 y 2BvF 3/89). Ambas sentencias fijaron el posicionamiento del TCFA frente a dos leyes de la Ciudad-Estado de Hamburgo y del Land de Scheleswig-Holstein que permitían la participación de los residentes extranjeros en las elecciones locales. El TCFA consideró que ambas leyes eran incompatibles con el art. 20.2 LFB, ya que el concepto “pueblo” que utiliza debe considerarse que se refiere a “pueblo alemán” y que las instituciones locales forman parte también del “poder estatal”. Teniendo en cuenta esta interpretación del TCFA, el Tratado Maastricht obligó a llevar a cabo la citada reforma del art. 28.1 LFB para permitir en Alemania el ejercicio de los derechos políticos vinculados a la ciudadanía europea.

Podría defenderse que además del art. 28.1 hubiera sido necesario reformar también el art. 20.2 si se interpreta sin matices que las instituciones locales forman parte del “poder estatal que emana del pueblo alemán”. Aunque no sea de una forma directa, en las sentencias de 31/10/1992 sí se puede localizar esa matización, ya que afirman que la posibilidad de la participación de extranjeros en las elecciones locales se debe valorar “de manera distinta” a las de ámbito federal. De esa distinta valoración del TCFA infiere parte de la doctrina alemana una consideración de las elecciones locales como más administrativas que políticas, por lo que la soberanía no estaría siendo realmente ejercida en el ámbito municipal y sería factible la participación de los ciudadanos UE prevista en el art. 28.1 LFB desde 1992.

II.3.b) Austria:

Los artículos 95 y 117 de la Constitución austriaca (CA) reenvían a la legislación de los Lander la fijación de los requisitos para el ejercicio del derecho de sufragio en los estados y municipios, con el único límite de no imponer requisitos más exigentes que los establecidos para el ámbito federal. Por lo tanto, cabría plantearse la participación de residentes extranjeros de terceros países en el nivel local y de los

Lander. Sin embargo, el uso reiterado del concepto nación por la CA (y los de “nacional” y “ciudadano”) ha sido interpretado por la doctrina austriaca como una reserva exclusiva del ejercicio de la soberanía a la “nación austriaca” (como sinónimo de “pueblo austriaco”), con la única salvedad de la participación de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales. Esta interpretación doctrinal fue respaldada por el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia G218/03, de 30/06/2004, que declaró inconstitucional la decisión del Land de Viena de reconocer el sufragio local de los extranjeros no UE con más de 5 años de residencia en el Land.

II.3.c) Francia:

Ya el art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 establecía la vinculación directa entre soberanía y nación, confirmando ese nexo de unión el art. 3 de la vigente Constitución francesa (CF) al determinar que “la soberanía nacional pertenece al pueblo”. Este último precepto también afirma que “serán electores los nacionales franceses”, reserva que doctrina y jurisprudencia constitucional francesa interpretaron reiteradamente que se extendía a todo tipo de elecciones, con lo que se excluía la participación de extranjeros incluso en las elecciones locales.

En este contexto, la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1992 conllevaba irremediabilmente problemas de compatibilidad con el ordenamiento constitucional de Francia. El Consejo Constitucional Francés (CCF) emitió dos decisiones en ese mismo año donde señaló las iniciativas jurídico-normativas imprescindibles para permitir que los derechos políticos vinculados a la ciudadanía europea tuvieran virtualidad en la República francesa.

En las Decisiones 92-308 DC, de 09/04/1992, y 92-312 DC, de 02/09/1992, el CCF consolida la identificación del concepto “pueblo”, al que el art. 3 CF vincula la soberanía nacional, con “pueblo francés”. Teniendo en cuenta este punto de partida, una de las opciones para abrir la participación en las elecciones locales a los residentes comunitarios

hubiera sido otorgar un carácter administrativo no político a las instituciones locales; sin embargo, el propio CCF ya había determinado en jurisprudencia anterior la dimensión política de las elecciones locales. El Consejo resuelve esta situación residenciando la soberanía nacional francesa en la Asamblea Nacional, en el Senado y en la Presidencia de la República, por lo que los comicios locales, aunque “políticos”, no inciden directamente en la soberanía nacional y sería factible permitir a los ciudadanos de la UE no franceses ejercer el derecho de sufragio en el ámbito municipal.

A pesar de lo anterior, ambas resoluciones del CCF consideraron imprescindible la reforma constitucional ya que, aunque las instituciones locales no ejercen directamente soberanía nacional, sí que lo hacen de forma indirecta, ya que de ellos surgen los “electores senatoriales” (miembros de las corporaciones locales que eligen senadores). Por lo tanto, fue necesario reformar el art. 88.3 CF para vetar a los extranjeros el acceso a los cargos de alcalde, teniente de alcalde y electores senatoriales²⁴⁴.

II.3.d) Italia²⁴⁵:

El art.1 de la Constitución italiana (CI) afirma que la soberanía “*reside en el pueblo*” y su art. 48 determina que son electores “*todos los ciudadanos*” sin especificar más. Parte de la doctrina italiana defiende que en el texto constitucional no existe una identificación directa entre ciudadanía y nacionalidad y que no es necesaria una reforma constitucional para abrir la participación política a los residentes extranjeros. Apoya este posicionamiento la circunstancia de que tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht los ciudadanos europeos no italianos han podido ejercer sus derechos políticos en Italia sin que se haya producido una

²⁴⁴ También están excluidos del proceso de elección de los electores senatoriales. Reforma operada por la Ley de 25/06/1992.

²⁴⁵ Respecto a la “situación italiana”, además de las fuentes arriba indicadas, se ha consultado LANCHES-TER, Fulco: “La legislación electoral italiana y el derecho de sufragio de los no ciudadanos”. Seminario Internacional Participación Política e Integración de los Inmigrantes: presente y futuro del voto extranjero en Europa. Málaga, 2007. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/07FulcoLanchester.htm#notabis> 10/11/2011.

reforma en la Constitución para tal efecto²⁴⁶. También es significativo que la República italiana haya ratificado la Convención sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local (1992) del Consejo de Europa, aunque no es menos cierto que de esa ratificación excluyó el capítulo C de la misma (precisamente el que hace referencia al derecho de sufragio).

Sin embargo, fue una norma “extraconstitucional” y no referida específicamente a los derechos de participación política la que consolidó la identificación entre ciudadanía y nacionalidad (la Ley 91, de 5 de febrero de 1992, que trata cuestiones de adquisición de la nacionalidad italiana, derechos de los descendientes de italianos en el extranjero...).

El sistema electoral para las elecciones regionales es remitido por el art. 122 CI a la legislación de ámbito regional en el marco de una ley estatal (Ley 165, de 2 de julio de 2004), pero ni en esta última ni en las distintas regionales se ha establecido una disposición expresa respecto al reconocimiento o no de la participación de los residentes extranjeros en estos procesos electorales. Sí que hicieron referencia los estatutos regionales de Toscana y Emilia Romagna a la pertinencia de “fomentar” la ampliación del derecho de sufragio a los residentes extranjeros no comunitarios²⁴⁷. Ambos fueron sometidos a sendas cuestiones de legitimidad constitucional, que fueron desestimadas por las sentencias 372 y 379 de 2004 de la Corte Constitucional Italiana, al considerar que estos preceptos tenían un carácter meramente programático “no normativo”.

II.3.e) Polonia:

El art. 62 de la Constitución polaca (CP) reserva a los “*ciudadanos polacos*” el derecho de sufragio en todos los procesos electorales (referéndums, elecciones a la presidencia de la República, al Congreso/Senado y a las corporaciones locales).

²⁴⁶ Posteriormente se aprobó el Decreto Legislativo 197 de 12 de abril de 1996, para trasponer las Directivas 93/109/CE y 94/80/CE respecto a la participación de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales y al Parlamento europeo.

²⁴⁷ Previsiones muy similares se contemplan en los arts. 5.3 y 30.2 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, cuestión que será objeto de nuestra atención más adelante.

Sin embargo, en 2004, año de la integración de Polonia en la Unión Europea, se reformó la Ley Electoral de Concejos Comunales, Concejos de Distrito y Asambleas Regionales para que los residentes extranjeros que ostentan la ciudadanía europea puedan participar en las elecciones locales. El Tribunal Constitucional polaco (TCP) confirmó la constitucionalidad de este reconocimiento de derechos políticos a los ciudadanos de la UE en la sentencia K18/04, de 11/05/2005, interpretando que la reserva del derecho sufragio que realiza el art. 62 CP a las personas con nacionalidad polaca no alcanza al ámbito local. Este pronunciamiento del alto tribunal polaco abriría la posibilidad del reconocimiento también a los extranjeros de terceros países, algo que no se ha hecho todavía a día de hoy.

A pesar de que nos congratulamos de que esta resolución del TCP haya confirmado un avance en el reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros, y teniendo en cuenta que no hemos tenido acceso al texto completo de la sentencia, consideramos que dicha interpretación extensiva pudiera tener dificultades de encaje con la literalidad del art.62.1 CP:

*“If, no later than on the day of vote, he has attained 18 years of age, Polish citizen shall have the right to participate in a referendum and the right to vote for the President of the Republic of Poland as well as representatives to the Sejm and Senate **and organs of local government**”.*

II.4) EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA CON MAYOR TRADICIÓN EN SU RECONOCIMIENTO²⁴⁸.

II.4.a) Suecia:

Han transcurrido más de 35 años desde del reconocimiento del derecho de sufragio en el ámbito local a los residentes extranjeros en su ordenamiento jurídico. Desde el año 1976, fecha de los primeros comicios locales en los que pudieron participar los residentes extranjeros, hasta los primeros años del presente milenio se ha producido un significativo descenso de la participación de éstos: si en los comicios de 1976 votaron cerca del 60% de los extranjeros con derecho al sufragio, en los de 2002 apenas superaron el 34%. La diferencia de participación con los electores de nacionalidad sueca también se incrementó en 13 puntos porcentuales: los suecos tuvieron un 30% menos de abstención que los residentes extranjeros en 1976, cifra que se incrementó al 43% en 2002. También es significativo que en estas tres décadas no haya surgido ningún movimiento electoral reseñable de perfil «comunitarista» y que tampoco se haya observado una marcada orientación ideológica hacia a la derecha o la izquierda en el voto de los residentes extranjeros en Suecia (salvo alguna tendencia concreta en determinados orígenes nacionales).

II.4.b) Dinamarca:

En 2011 se cumplen 30 años del reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales a los residentes extranjeros. De los últimos

²⁴⁸ Datos estadísticos obtenidos de MOYA MALAPEIRA, David y VIÑAS FERRER, Alba (eds.); ob.cit. y LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros...cit.

datos disponibles (comicios locales de 2001) también se desprende una diferencia muy notable respecto al nivel de abstención entre daneses y residentes extranjeros de terceros países (15% / 60%). En Dinamarca sí se han detectado en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo algunos casos relevantes de elección de representantes locales de “origen inmigrante” en aquellas circunscripciones locales con mayor porcentaje de población extranjera de terceros países y que los mismos se presentan en mayor número en listas electorales situadas ideológicamente en el centro-izquierda. Sin embargo, consideramos que estos últimos datos deben ser valorados con cautela, ya que dentro de ese concepto de “origen inmigrante” se incluyen a aquellas personas con nacionalidad danesa pero origen extranjero.

II.4.c) Países Bajos:

El reconocimiento de la participación en las elecciones municipales de los residentes extranjeros data de 1985. En las fuentes consultadas tan sólo hemos hallado datos parciales referentes a la participación de las comunidades de residentes extranjeros más significativas en Holanda y en las ciudades con una mayor población inmigrante. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que en el periodo 1994-2006 la participación de las personas extranjeras con derecho al voto ha oscilado entre el 30 y el 40%, mientras que la participación total rondó el 50%. No se han observado casos de “voto étnico” relevantes y, como en el caso de Dinamarca, los votantes extranjeros han mostrado una cierta inclinación a apoyar electoralmente posiciones de centro-izquierda. Respecto al sufragio pasivo en las elecciones municipales, en 2006 tan sólo un 3% de los concejales electos eran de “origen extranjero” lo que, considerando que en esta categoría también se incluyen a los holandeses que adquirieron la nacionalidad de forma derivativa, indica que la presencia de los extranjeros en este espacio político es aún testimonial (a pesar de que este número se haya multiplicado por cuatro en poco más de una década).

De este acercamiento a la realidad de la participación política de los residentes extranjeros de terceros países en tres de los Estados de la Unión con mayor “tradición” en su reconocimiento y ejercicio podemos extraer dos conclusiones iniciales:

- 1ª) El “peligro del comunitarismo” en el ejercicio de los derechos políticos no ha tenido una incidencia relevante en ninguno de los países analizados. El hecho de que la composición de la población de origen inmigrante de Dinamarca y Suecia, por una parte, y de Países Bajos por la otra sea bastante diversa por razones geográficas, históricas y culturales, convierte a esta situación en especialmente representativa.
- 2ª) También es común la apreciable diferencia en los porcentajes de abstención electoral entre los extranjeros con derecho al voto y los nacionales de estos tres Estados miembro de la UE. Bajo nuestro punto de vista, esta realidad demuestra que el avance en el reconocimiento de la dimensión política de los residentes extranjeros es una condición necesaria pero no suficiente para el acceso a una verdadera ciudadanía plena. Es imprescindible que el resto de sus facetas como personas y ciudadanos (familiar, laboral, cultural...) sean igualmente potenciadas para una integración social adecuada.

III) DERECHOS POLÍTICOS DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA²⁴⁹.

III.1) PAÍSES EUROPEOS QUE NO PERTENECEN A LA UNIÓN.

Fuera del ámbito político-jurídico de la Unión Europea, la situación del reconocimiento de los derechos políticos en el resto de Europa es aún más diverso que en los Estados miembro de la Unión. Y ello es así porque nos encontramos con: 1) Países sobre los que existen serias dudas (o directamente certezas) respecto a que sus sistemas políticos superen los estándares internacionales mínimos de democracia, como puede ser el caso Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Albania o Serbia. 2) Territorios que una parte de la comunidad internacional reconoce como Estados soberanos y otra parte no (Kosovo y Moldavia). 3) Países que basan su sistema representativo en unos complejos equilibrios étnicos y religiosos, más cercanos a situaciones como la de Líbano que a la realidad política europea actual (Bosnia). 4) Anacronismos que permiten que en el

²⁴⁹ Los datos sobre la situación del reconocimiento del derecho de sufragio en el Derecho comparado de los países que no forman parte de la Unión Europea han sido obtenidos básicamente de las siguientes fuentes:

- ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; "Ciudadanía democrática, multiculturalismo....cit.
- LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros.... cit.
- MOYA MALAPEIRA, David y VIÑAS FERRER, Alba (eds.); ob.cit.
- SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros....cit.
- Páginas "web" oficiales de las principales instituciones políticas de cada uno de los Estados, que se relacionan en un anexo específico junto al apartado de bibliografía.

corazón de Europa un monarca “comparta la soberanía” con el pueblo y participe activamente en el ejercicio del poder ejecutivo y legislativo (Liechtenstein)²⁵⁰ o incluso que un Estado se constituya como un régimen absolutista teocrático (Ciudad del Vaticano). 5) Estados respecto a los que ni siquiera existe consenso sobre su condición de europeos (Turquía). 6) Países cuya estructura político-jurídica es equiparable a los Estados miembro de la Unión (Islandia, Noruega o Suiza). Dada esta diversidad, nos centraremos en estos últimos países que tienen un sistema político asimilable a los miembros de la Unión Europea, además de Liechtenstein, en su condición de Estado parte de del Espacio Económico Europeo.

III.1.a) Noruega:

El art. 50 de la Constitución noruega (CN) reserva en general el derecho de sufragio a los nacionales noruegos, sin hacer mención expresa a los comicios locales. Relacionando este artículo con lo dispuesto por el art. 61 CN para el sufragio pasivo se podría concluir que la CN excluye de forma expresa la participación de residentes extranjeros en el ámbito nacional, pero no hace lo mismo respecto al local.

Partiendo de ese marco, la legislación electoral²⁵¹ reconoce desde hace décadas el sufragio activo y pasivo a los residentes extranjeros en las elecciones municipales. A los ciudadanos de países nórdicos no se les exige ningún plazo mínimo de residencia y al resto una residencia superior a los 3 años. El reconocimiento de la participación política a los residentes extranjeros en los comicios locales posibilitó que Noruega y España suscribieran un tratado internacional bajo el criterio de reciprocidad, que entró en vigor en 1991, para reconocer el derecho de sufragio de sus respectivos nacionales en el ámbito local.

²⁵⁰ Información sobre Liechtenstein obtenida del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación: <http://www.maec.es/es/MenuPpal/Paises/ArbolPaises/Liechtenstein/Monografia/Documents/Liechtenstein.pdf> 10/11/2011

²⁵¹ La ley electoral noruega vigente es la Ley nº 57, de 28 de junio de 2002.

III.1.b) Islandia:

Del art. 33 de la Constitución islandesa se desprende que en las elecciones de ámbito nacional tan sólo pueden participar los nacionales islandeses (incluso a éstos se les imponen requisitos adicionales como la residencia permanente, salvo algunas excepciones). Sobre los comicios locales no se estipula nada expresamente en el texto constitucional.

El legislador ordinario islandés interpretó esa ausencia de previsión constitucional como una habilitación para poder reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo a los residentes extranjeros, exigiendo una residencia mínima de 3 años a los ciudadanos de países nórdicos y de 5 años para el resto de extranjeros (Ley 5/1998 , Ley Electoral de los Gobiernos Locales). Como Noruega, Islandia es otro de los países con los que España ha suscrito un tratado bajo el criterio de reciprocidad respecto a la participación en elecciones municipales (2010).

III.1.c) Liechtenstein:

Nos acercamos a la situación de los derechos políticos de este pequeño Estado en su condición de miembro del Espacio Económico Europeo -EEE- (junto a Islandia y Noruega conforma el grupo de 3 países de esta organización que no son miembros de la UE), ya que por la misma sus nacionales gozan en el espacio de la Unión de algunas de los derechos de la ciudadanía europea, como la libre circulación.

Hemos señalado que en Liechtenstein nos encontramos ante una organización política más propia del siglo XIX que del XXI, ya que la Jefatura del Estado, ostentada de forma hereditaria a título de Príncipe por una dinastía monárquica, tiene intervención directa en el ejercicio del poder ejecutivo y legislativo²⁵². Por lo tanto, no podemos considerar que Liechtenstein supere los estándares internacionales mínimos de democracia, estando su estructura institucional más cercana a una monarquía como la de Marruecos que las existentes en el ámbito europeo (Suecia, Holanda, España, Reino Unido...).

²⁵² Ver arts. 45 y ss y arts. 78 y ss de la Constitución de Liechtenstein.

Por lo anterior, simplemente a título informativo señalar que el art. 29.2 de la Constitución de Liechtenstein (CL) reserva a sus ciudadanos los derechos políticos, llamando poderosamente la atención que en 1971 se aprobó la Ley nº22 que aclaraba que el término “ciudadano” incluía sin discriminaciones a las mujeres nacionales de Liechtenstein, teniendo éstas restringidos los derechos de participación política hasta entonces. Además parece desprenderse del citado art. 29.2 junto al art. 111 CL que para participar en el ámbito nacional incluso los ciudadanos de Liechtenstein necesitan tener su residencia habitual en el país, no exigiéndose este requisito para los comicios locales.

III.1.d) Suiza:

El carácter confederal de Suiza determina que su nivel de descentralización territorial sea máximo, teniendo los cantones competencias en materias que en países con estructura incluso federal siguen en manos del Estado central. Una de estas materias es la determinación de la participación política de los residentes extranjeros. Los arts. 39.1 y 136.1 de la Constitución suiza (CS) establecen que en el ámbito federal la participación política queda reservada para los nacionales suizos. Sin embargo, a nivel cantonal y municipal (comunal) el texto constitucional permite a cada cantón establecer su regulación propia, no estableciendo ningún límite respecto a los extranjeros. Efectivamente, los cantones han hecho uso de esta competencia, creando una gran diversidad en los 23 cantones en el “mapa” del reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros en la Confederación Helvética:

1) 15 cantones no reconocen ninguna posibilidad de ejercicio del derecho de sufragio a los residentes extranjeros (ni a nivel cantonal ni comunal): Argovia, Berna, Lucerna, Glaris, Saint-Gall, Schwyz, Schaffhausen, Soleura, Tesino, Turgovia, Unterwalden, Uri, Valais, Zug y Zurich.

2) 2 cantones reconocen el derecho de sufragio activo (no pasivo) a nivel cantonal. Éste sería el equivalente al estatal en los Estados federales

o al autonómico en España: Jura y Neuchatel. En el primero con una residencia mínima de 10 años y en el segundo de 5 años.

3) 8 cantones contemplan la posibilidad de reconocer el derecho de sufragio a nivel comunal a los residentes extranjeros: Appenzell, Basilea, Friburgo, Ginebra, Grissones, Jura, Neuchatel y Vaud. Tampoco existe unanimidad en este nivel de reconocimiento, ya que algunos cantones reconocen sufragio activo y pasivo y otros sólo el activo, los periodos de residencia exigidos oscilan entre 1 y 10 años, otros cantones dejan libertad de regulación a las comunas...

III.2) PAÍSES NORTEAMERICANOS.

III.2.a) Canadá:

Es un país forjado a través de los flujos migratorios y que tiene la diversidad cultural como seña de identidad. En el ámbito social, político y normativo se han llevado a cabo grandes esfuerzos por lograr una correcta integración de la población inmigrante y sobre todo para que la “multiculturalidad” originaria de Canadá no pusiera en peligro la unidad del Estado²⁵³. A pesar de lo anterior, el ejercicio de los derechos políticos sigue siendo exclusivo de los nacionales canadienses, tal como dispone el art. 3 de la “Canadian Charter of Rights and Freedoms” (parte integrante de la Constitución canadiense), al tratar los “*democratic rights of citizens*”. Esta previsión constitucional es confirmada por la legislación electoral canadiense (“Canada Elections Act”, S.C. 2000, c. 9), en su art. 3 para el sufragio activo y en el art. 65 a) para el pasivo.

III.2.b) Estados Unidos:

A nivel federal la Constitución de EEUU reserva a los ciudadanos estadounidenses el sufragio activo (de forma indirecta en su articulado y de forma directa en la Enmiendas XV, XVI (1971), XIX y XXIV) y respecto al sufragio pasivo no basta con ostentar la nacionalidad norteamericana, sino que se exigen requisitos adicionales: 25 años de edad y 7 años desde la adquisición de la nacionalidad para la Cámara de Representantes (art.1, secc. 2ª, apdo. 2º), 30 años y 9 de antigüedad en la nacionalidad para el Senado (art.1, secc. 3ª, apdo. 3º) y 35 años, nacionalidad de origen y 14 años de residencia en EEUU para la presidencia (art.2, secc. 1ª, apdo. 4º).

²⁵³ El art. 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades establece la “herencia multicultural” canadiense como parámetro interpretativo de todos los derechos fundamentales.

Respecto a las elecciones estatales y locales la Constitución federal no establece precisiones específicas, siendo una cuestión de competencia estatal. En ninguno de los textos constitucionales estatales se hace un reconocimiento expreso de derechos de participación política, aunque sí existen algunas iniciativas político-normativas en la materia: 6 ciudades del Estado de Maryland han reconocido el sufragio activo a extranjeros residentes en las elecciones municipales (con el visto bueno de la Asamblea legislativa estatal) y dos municipios más del Estado de Massachussets pretenden avanzar en esta misma línea (pendiente de aprobación por la Asamblea estatal)²⁵⁴.

²⁵⁴ Takoma Park, Chevy Chase, Martin's Additions, Somerset, Garrett Park y Barnesville en el Estado de Maryland y Cambridge y Amherst en Massachussets. Ver en: <http://www.immigrantvoting.org> 10/11/2011

III.3) PAÍSES DE AMÉRICA LATINA.

Al igual que en el ámbito europeo, en América Latina existen realidades jurídico-políticas muy diferentes respecto al reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros. En primer lugar, habría que descartar de nuestro análisis aquellos Estados que, ni siquiera desde una interpretación laxa, puede considerarse que superan los estándares internacionales mínimos de democracia porque:

- 1) Desde un punto de vista formal y material tienen una estructura institucional y política dictatorial (Cuba).
- 2) Aunque desde una perspectiva formal poseen un sistema de carácter democrático, su situación social, política, económica... impide que bajo ningún concepto se pueda afirmar que estamos ante Estados democráticos (Guatemala y Honduras).
- 3) No disfrutan de una independencia política plena, estando bajo un sistema que se podría calificar como colonial (Puerto Rico).

Sobre otros países de la región se ciernen serias dudas sobre su correcto funcionamiento institucional-democrático y son desgraciadamente frecuentes las denuncias sobre graves vulneraciones de derechos fundamentales por actores públicos y privados en los mismos: Nicaragua, Venezuela, Bolivia, Colombia, El Salvador o Perú. Sin embargo, es de justicia reconocer que en los últimos años se han producido notables avances en el proceso de democratización de América Latina, por lo que consideramos que los parámetros de evaluación de la “calidad democrática” deben estar presididos por una perspectiva histórica que debe permitir incluir a los citados Estados en nuestro objeto de estudio²⁵⁵.

²⁵⁵ En este apartado no haremos referencia a la situación del reconocimiento de la participación política en el país caribeño de Trinidad y Tobago, ya que no forma parte del ámbito de “América Latina”, aunque aludiremos al mismo en el capítulo dedicado a los nuevos tratados bajo el criterio de reciprocidad suscritos por España desde el año 2009.

III.3.a) Países que reconocen derechos políticos a residentes extranjeros en ámbitos superiores al municipal.

1) *Chile*: El art. 14 de la Constitución chilena (CC) reconoce el sufragio activo de extranjeros con una residencia mínima de 5 años en todo tipo de elecciones (el pasivo lo reserva a los nacionales chilenos en los arts. 25, 34, 44 y 46). El art. 60 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios (Ley 18700, de 6 de mayo de 1988) confirma este reconocimiento. España ha suscrito con Chile sendos convenios de reconocimiento mutuo de derechos de sufragio a nivel municipal de sus nacionales en 1991 (BOE 17/09/1991), que no llegó a ser efectivo, y el actualmente vigente de 2010.

2) *Ecuador*: Hasta la reforma constitucional de 2008 los residentes extranjeros tenían vetada cualquier participación electoral en Ecuador. Sin embargo, el nuevo art. 61 de la Constitución de Ecuador (CEc) contiene una relación de los derechos de participación política de *“las ecuatorianas y ecuatorianos”*, concluyendo el precepto con la siguiente afirmación: *“las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable”*. De forma inmediata el art. 63 (CEc) determina el alcance que este reconocimiento tiene para los residentes extranjeros: los extranjeros con un periodo de residencia superior a 5 años en Ecuador tienen reconocido el derecho de sufragio activo (no pasivo) en todo tipo de elecciones (los arts. 251 y ss CEc establecen sin más precisiones que las instituciones representativas de ámbito regional, provincial serán elegidos por *“votación/elección popular”*; entendemos incluidos en el sufragio activo los residentes extranjeros que cumplan los requisitos exigidos para el ámbito nacional). Desde 2010 Ecuador es otro de los países que tiene en vigor con España un tratado bajo el criterio de reciprocidad respecto a la participación en elecciones municipales.

3) *Uruguay*: El art. 78 de la Constitución uruguaya (CU) reconoce a los residentes extranjeros el sufragio activo en todo tipo de elecciones, siempre y cuando cumplan los requisitos de este artículo: 15 años de residencia

y algunos ciertamente llamativos como tener familia constituida, capital o propiedad en Uruguay. El sufragio pasivo lo tienen vetado de forma implícita en este art. 78 CU y explícita en los arts. 90, 98, 151, 264 y 267 CU donde se establecen los requisitos para ocupar los distintos cargos representativos electivos (no sólo excluye a los extranjeros, sino que establece restricciones a los nacionales uruguayos que no sean de origen: excluidos de la presidencia de la República y exigencia de periodos mínimos de antigüedad desde la adquisición de la nacionalidad).

El 2 de junio de 1994 se publicó en el BOE el Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay donde se preveía el mutuo reconocimiento de la participación de los nacionales de ambos países en las elecciones municipales, pero para que esta previsión fuera efectiva era necesario un tratado complementario que nunca llegó a firmarse. En 2010 se presentó en el Congreso español una nueva propuesta de tratado que retoma esta posibilidad, propuesta que ha terminado caducando en sede parlamentaria.

4) *Argentina*: El art. 20 de la Constitución argentina (CA) parece establecer un marco jurídico donde sería viable la participación política de los residentes extranjeros al disponer que “*los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano*”, algo sustentando también por el hecho de que el art. 37 CA, precepto que reconoce el ejercicio de los derechos políticos, no hace una reserva explícita a los nacionales argentinos. Eso sí, la CA determina exclusiones expresas en el sufragio pasivo de ámbito federal que afectan a los extranjeros (ver art. 48 respecto a los diputados, art. 55 para los senadores y art. 89 para la presidencia/vicepresidencia de la República).

Teniendo en cuenta la estructura federal de la República argentina, hay que atender tanto a la legislación federal como a la provincial a la hora de determinar el nivel de reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros. El ámbito nacional está regulado por la normativa federal, en concreto por el Código Electoral Nacional (Decreto 2135/83), que ya en su art. 1 veta la participación política a los extranjeros en este nivel territorial. Sin embargo, aunque la mayoría de provincias

(18) también establecen una reserva total de los derechos de sufragio para los nacionales argentinos, 6 de ellas reconocen a los residentes extranjeros alguna participación electoral en los comicios provinciales y/o municipales: sufragio activo provincial (Provincia y Ciudad de Buenos Aires), activo y pasivo municipal (Provincias de Buenos Aires y Santa Fe) y activo municipal (Ciudad de Buenos Aires, Catamarca, Misiones y Neuquén).

El 28 de agosto 1989 se publicó en el BOE el Tratado General de Cooperación y Amistad con Argentina, que contemplaba la posibilidad de que los nacionales argentinos participaran en las elecciones municipales españolas y viceversa, siempre y cuando se firmara un segundo tratado que especificara las condiciones necesarias para ello, algo que nunca llegó a producirse. En el año 2009 se trasladó al Congreso español una nueva propuesta de tratado bilateral de reconocimiento recíproco del derecho de sufragio en el ámbito municipal, que como en el caso de Uruguay ha caducado.

III.3.b) Países que reconocen derechos políticos a residentes extranjeros a nivel municipal.

1) *Bolivia*: El art. 27 II de la nueva Constitución boliviana (2008) reconoce a los residentes extranjeros el sufragio activo en las elecciones municipales bajo el principio de reciprocidad. Este precepto añade respecto al anterior texto constitucional el requisito de reciprocidad. Tanto el Código Electoral vigente con la anterior Constitución (Ley nº1984) como la actual Ley nº4021 del Régimen Electoral Provisional hacen una cerrada identificación entre nacionalidad boliviana y titularidad de los derechos de participación política aunque ambas, en consonancia con las previsiones constitucionales, reconocen el sufragio activo a los extranjeros con una residencia de mínima de 2 años, siendo necesaria también la existencia de un tratado bajo el criterio de reciprocidad con el país de origen del residente extranjero.

En 2010 ha entrado en vigor un tratado bilateral entre España y Bolivia

de reconocimiento recíproco de la participación política en el ámbito municipal.

2) *Brasil*: El art 14 de la Constitución brasileña (CB) afirma que “*no pueden alistarse como electores los extranjeros*”, excluyendo por tanto en general a los extranjeros de la participación electoral. Sin embargo, el art. 14 CB establece una excepción con los portugueses con residencia permanente bajo el criterio de reciprocidad. Como vimos en su momento, Portugal reconoce derechos de sufragio a los nacionales brasileños en el ámbito local. Teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos de reciprocidad exigidos por el texto constitucional, los portugueses tienen derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, siempre y cuando tengan un periodo de residencia mínimo de 5 años.

3) *Colombia*: Los arts. 40, 96, 98 y 99 de la Constitución colombiana (CC) establecen una vinculación directa entre nacionalidad y ciudadanía, y la necesidad de ostentarlas para el ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, el art. 100 de la misma norma determina que “*la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital*”.

La ley 1070/2006, de 31 de julio, incorpora al ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad prevista en el art. 100 CC, reconociendo el sufragio activo en el ámbito “municipal y distrital” a los residentes extranjeros con un periodo de residencia mínimo de 5 años.

Tras un primer intento fallido (Tratado General de Cooperación y Amistad Colombia-España, BOE 01/08/1995), tal como hemos señalado respecto a Chile, Bolivia o Ecuador, Colombia también cuenta desde 2010 con un tratado vigente con España de reconocimiento bilateral de participación electoral en el ámbito municipal.

4) *Paraguay*: De los arts. 120, 152, 162, 167, 221, 223 y 228 de la Constitución de la República del Paraguay se desprende que los extranjeros con “*radicación definitiva*” tienen los mismos derechos que los paraguayos en las elecciones municipales, lo que representa el reconocimiento tanto del sufragio pasivo y activo en este ámbito.

La Ley de Migraciones paraguaya (ley n°978, de 27/06/1996) identifica “radicación definitiva” con “residencia permanente”, a la que se puede acceder sin periodo mínimo de residencia. Partiendo de esta premisa, el Código Electoral Paraguayo (Ley n°834/96) y la Ley Orgánica Municipal (Ley n°1294/87) reconocen a todos los extranjeros con “radicación definitiva” en Paraguay el sufragio activo en las elecciones municipales, y también el sufragio pasivo en este ámbito, aunque para el ejercicio de éste exige una residencia mínima de 7 años.

Paraguay es otro de los países con tratado bilateral bajo el criterio de reciprocidad con España en vigor desde 2010.

5) *Perú*: Los arts. 30 y 31 de la Constitución peruana establecen una reserva general de la participación política a los nacionales peruanos, aunque abre una puerta al reconocimiento de la participación de los extranjeros en las elecciones municipales al definir a los titulares de los derechos de sufragio en este nivel como vecinos y no como ciudadanos, reenviando a la legislación ordinaria para su configuración definitiva. Efectivamente, la legislación peruana infraconstitucional confirma a los vecinos como titulares de la participación en las elecciones municipales (art.113 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, Ley n°27972) y que los residentes extranjeros con una residencia mínima de 2 años tienen reconocido el sufragio activo y pasivo en estos comicios, con la excepción del acceso al cargo de “alcalde o regidor” (arts. 6 y 7 de la Ley de Elecciones Municipales, Ley n°26864).

Perú cierra la lista de países de América Latina con un tratado internacional vigente con España (2010) en materia de participación en elecciones municipales.

6) *Venezuela*: En los arts. 40 y 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CV) se establece que “*los derechos políticos son privativos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución*” y que “*son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad...*”. El mismo art. 64 señala la excepción al reconocer el sufragio activo en las elecciones “municipales y parroquiales” a los extranjeros con

un periodo de residencia mayor de 10 años. Esto lo confirma el art. 86 de la Ley Orgánica del Sufragio y la Participación Política (en el sufragio pasivo existen restricciones incluso para los venezolanos que no lo sean de origen, ya desde el propio el art. 40 CV).

El 16 de julio 1992 se publicó en el BOE el Tratado General de Cooperación y Amistad entre Venezuela y España, que establecía entre sus previsiones el reconocimiento mutuo de la participación en elecciones municipales, algo que no entró en vigor debido a que necesitaba de un acuerdo complementario que no se ha llevado a cabo. Desde 2009 se han realizado diversas alusiones en el Consejo de Ministros del Gobierno de España respecto a un posible nuevo tratado bilateral bajo el principio de reciprocidad entre ambos países, instrumento internacional que todavía no se ha firmado.

III.3.c) Países que reservan el derecho de sufragio a los nacionales en América Latina.

En el resto de países de la región (Costa Rica, El Salvador, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana) no se reconoce ningún tipo de derecho de participación política a los residentes extranjeros. Es destacable que en América Latina sean mayoría los Estados en los que se ha avanzado en la consolidación de la dimensión política de las personas extranjeras, incluso sobrepasando el nivel local al otorgar algunos de ellos el derecho de sufragio en el ámbito regional y nacional. En este apartado tan sólo nos detendremos en el caso de México, tanto por su peso político/poblacional como por la “contundencia” de las restricciones a la participación política de los residentes extranjeros.

Aunque el artículo 33 de la Constitución mexicana (CM) comienza garantizando que los extranjeros gozan de los derechos reconocidos en el Capítulo 1º del Título 1º del texto constitucional (referido a las “garantías individuales”), esta afirmación es fuertemente cuestionada por la facultad discrecional otorgada al Poder Ejecutivo para expulsar del país a cualquier persona que no ostente la nacionalidad mexicana cuya estancia “*juzgue*

inconveniente” de forma inmediata y sin juicio previo. Teniendo en cuenta el marco que establece el primer apartado del art. 33 CM para el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros, no sorprende su radical exclusión respecto a los derechos políticos determinada por el segundo, ya que no sólo tienen vedado el derecho de sufragio activo y pasivo, sino que no “*pueden inmiscuirse de ninguna manera*” en la vida política del país. Por lo tanto, esta prohibición podría justificar la restricción para los extranjeros de derechos como los de reunión, manifestación, asociación, libre expresión...²⁵⁶. De la línea restrictiva que preside el ordenamiento mexicano en cuanto al reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos da fe el hecho de que, hasta reforma constitucional de 1996, el art.36 CM excluía del sufragio a los propios nacionales mexicanos residentes en el exterior.

²⁵⁶ Por todas, ver las restricciones al derecho de asociación establecidas en el art. 35.3 CM.

III.4) ALGUNOS EJEMPLOS DE LOS ÁMBITOS AFRICANO, ASIÁTICO Y OCEÁNICO.

Un estudio amplio y profundo de la extremadamente diversa situación político- constitucional en general, y del reconocimiento de la dimensión política de los residentes extranjeros en particular, en África, Asia y Oceanía excede con mucho el objeto de estudio de esta tesis doctoral. Hemos optado por un acercamiento más detallado al Derecho comparado sobre la materia en los continentes europeo y americano por la mayor cercanía político-jurídica con España.

Sin embargo, no podíamos dejar de realizar una breve referencia a algunos ejemplos representativos de estas regiones. Hemos considerado como criterio de selección más adecuado aludir a algunos de aquellos países de las mismas con los que España mantiene o prevé concluir tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad en aras del reconocimiento de la participación en los comicios locales²⁵⁷.

III.4.a) Nueva Zelanda:

Como país de tradición jurídica anglosajona, cuenta con lo que se conoce como “constitución no escrita”, a lo que se une la peculiaridad de que al ser miembro de la Commonwealth la Jefatura del Estado la ostenta el/la monarca de Reino Unido. A pesar de lo anterior, Nueva Zelanda cuenta con la “Constitution Act” de 1986, en la que se establece la estructura política básica del Estado, la cual se remite en sus arts. 10 y 17 a la “Electoral Act” de 1993 en lo referente a los derechos de participación electoral.

²⁵⁷ Distintas referencias realizadas en el Consejo de Ministros del Gobierno de España han incluido al país africano de Burkina Faso entre los posibles Estados con los que suscribir tratados internacionales bajo el principio de reciprocidad para la participación política en el ámbito municipal, pero hasta el momento ni siquiera se ha remitido al Congreso español un instrumento de esas características para su posible aprobación. Por lo tanto no se incluye a Burkina Faso en este análisis.

Los arts. 60 y 74 de la “Electoral Act” de 1993 reconocen el sufragio activo en elecciones nacionales y municipales a los residentes extranjeros permanentes (para la obtención de la condición de residente permanente no se exige un periodo mínimo de residencia en el país: a esta condición pueden acceder directamente extranjeros considerados por el Estado neozelandés especialmente “valiosos”, como trabajadores cualificados, empresarios o inversores a partir de cierto volumen económico²⁵⁸).

Por lo tanto Nueva Zelanda es otro de los países que ha abierto el nivel nacional a la participación política de los residentes extranjeros. Y desde 2010 está vigente un tratado internacional de reconocimiento mutuo de derechos políticos de sus respectivos nacionales entre España y Nueva Zelanda.

III.4.b) Cabo Verde:

El artículo 24 de la Constitución de Cabo Verde (CCV) aunque en su primer apartado afirma que los derechos políticos están reservados para los “ciudadanos nacionales”, en los apartados 3º y 4º establece que a los extranjeros de países de lengua portuguesa le podrán ser atribuidos los mismos derechos que los nacionales (excepto el acceso a los “órganos de soberanía, a las fuerzas armadas y a la carrera diplomática”) y que al resto de extranjeros y apátridas le podrán ser atribuidos por ley el sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal.

Siguiendo lo dispuesto por el art. 24 CCV, el Código Electoral de la República de Cabo Verde, aprobado por la Ley nº 92/V/99, de 8 de febrero de 1999, reconoce en las elecciones municipales (arts. 407 y 408):

- a) Para los residentes extranjeros nacionales de países de lengua portuguesa “legalmente establecidos”: Sufragio activo y pasivo en las mismas condiciones que los nacionales caboverdianos, sin periodo de residencia mínima.

²⁵⁸ Ver en la página “web” oficial del Servicio de Inmigración del Departamento de Trabajo del Gobierno de Nueva Zelanda <http://www.newzealandnow.govt.nz/residence-policy~237.html> 10/11/2011

- b) Para el resto de extranjeros y apátridas: Sufragio activo con una residencia mínima de 3 años y sufragio pasivo con una residencia de 5 años.

También cuenta Cabo Verde desde 2010 con un instrumento internacional bajo el criterio de reciprocidad con España para facilitar la participación política en el ámbito municipal.

III.4.c) Corea del Sur:

Los artículos 24 y 25 de la Constitución de la República de Corea del Sur se limitan a señalar que “todos los ciudadanos” tendrán derecho al sufragio activo y pasivo bajo las condiciones que disponga la ley. Del resto del articulado del texto constitucional se desprende la identificación entre los conceptos de “ciudadano” y “nacional”. Sin embargo, el art. 15.2.3 de la ley electoral de Corea del Sur reconoce el sufragio activo en las elecciones municipales a los residentes extranjeros con un periodo de residencia de al menos 3 años (se les exigirá, al igual que a los nacionales coreanos, una edad mínima de 19 años).

En 2011 entró en vigor un tratado internacional entre Corea del Sur y España del mismo tenor de los aludidos hasta ahora.

CAPÍTULO CUARTO.- LOS DERECHOS DE
PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS RESIDENTES
EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL.

CAPÍTULO CUARTO.- LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

A lo largo de estas líneas se ha puesto de relieve que la participación política supone la verdadera frontera para la ciudadanía plena, tanto en su acepción clásica como incluso en la mayoría de las nuevas propuestas alumbradas por la ciencia jurídica. En el presente capítulo analizaremos con detenimiento donde podemos situar dicha frontera en el sistema constitucional español. Nuestro análisis debe partir de la construcción jurisprudencial del TC respecto a la clasificación de los derechos en función de su nivel de vinculación con la dignidad humana²⁵⁹. Atendiendo a esta clasificación, los derechos de sufragio no estarían dentro del grupo de los especialmente vinculados a la dignidad humana e, incluso, se determina expresamente que su titularidad queda reservada a los nacionales salvo limitadas excepciones. Este marco jurídico inicial ha condicionado el carácter restrictivo del reconocimiento de los derechos de participación política de los residentes extranjeros en España.

²⁵⁹ En las ya citadas SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, 144/1990, de 26 septiembre, 242/1994, de 20 de julio, 137/2000, de 29 de mayo, 95/2003, de 22 de mayo y 236/2007, de 7 de noviembre, principalmente.

I) LOS DERECHOS DE CARÁCTER POLÍTICO DISTINTOS AL SUFRAGIO.

Tradicionalmente se ha realizado una identificación casi absoluta entre la participación política y los derechos de sufragio activo y pasivo. Sin embargo, el espectro de derechos de dimensión política es mucho más amplio, siendo los derechos distintos al sufragio igualmente determinantes para una correcta participación democrática. Derechos fundamentales como los de asociación, reunión, sindicación o huelga atesoran un incuestionable carácter político y su reconocimiento es básico para el ejercicio pleno de la ciudadanía, siendo manifestación directa o indirecta de la participación en la vida social y política a la que se refiere el art. 9.2 CE²⁶⁰. Además, estos derechos, especialmente los de asociación y reunión/manifestación, emanan del pluralismo político y de la libertad, valores superiores del ordenamiento jurídico español²⁶¹. De la misma manera representarían una manifestación colectiva de la libertad de expresión y opinión²⁶². Podemos constatar cómo en las últimas décadas se ha ido produciendo una progresiva incorporación de los extranjeros a la titularidad de estos derechos en España. Hay que reconocer que desde la muy restrictiva LO 7/1985 hasta la actualidad ha tenido lugar un sustancial avance que ha desembocado en la práctica equiparación entre nacionales y extranjeros en los derechos políticos distintos al sufragio²⁶³.

²⁶⁰ IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., p. 91.

²⁶¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; Inmigración y derechos fundamentales... cit., pp.170 y ss.

²⁶² Ver jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (entre otras sentencias 21237/93 de 30/01/1998 en el caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros vs Turquía y 17851/91 de 26/09/1995 en el caso Vogt vs RFA).

²⁶³ Sin embargo, en otros países de nuestro entorno más cercano reservan expresamente estos derechos a sus nacionales (ver a modo de ejemplo los arts. 8 y 9 de la Ley Fundamental de Bonn, arts. 26 y 27 de la Constitución belga y arts. 17 y 18 de la italiana). Llama la atención casos como el belga, donde esta restricción contrasta con el reconocimiento del sufragio activo en las elecciones municipales a los residentes extranjeros.

I.1) DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

La vocación de proyección universal del derecho de reunión y manifestación (lo mismo se podría decir respecto al derecho de asociación) se desprende de los principales instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos. En el ámbito de los derechos políticos, el Derecho Internacional establece una conexión directa entre nacionalidad y ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo ya desde la propia DUDH, cuyo art. 21 establece que *“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno **de su país**, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”*. El inciso “de su país” determina la señalada vinculación.

Sin embargo, los arts. 20.1 DUDH, 21 y 22 PIDCP, 11 CEDH... realizan un reconocimiento de los derechos de reunión, manifestación y asociación sin vincular expresamente su titularidad y/o ejercicio a la nacionalidad ni a un lugar de residencia concreto, por lo que en un principio no podrían justificarse en los mismos restricciones para los extranjeros en estos derechos políticos. Partiendo de la descrita realidad normativa internacional, múltiples voces desde la doctrina española defendían mucho antes de que la jurisprudencia constitucional lo certificara la especial vinculación con la dignidad humana de los derechos de reunión, manifestación y asociación²⁶⁴.

El art. 21.1 CE se sitúa en la misma línea del art. 20 DUDH:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa”.

Hace por tanto un reconocimiento genérico de este derecho sin realizar acotación alguna respecto a los extranjeros que se encuentren en España. La LO 9/1983, de 9 julio, reguladora del Derecho de Reunión, tampoco distingue donde no lo hace la Constitución.

²⁶⁴ SÁNCHEZ AGESTA, Luis; Sistema político de la Constitución española de 1978. Edersa. Madrid, 1993, pp. 121 y ss.

A pesar de lo anterior, al art. 7 de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, exigía a los extranjeros que se encontraran en España residencia legal y autorización previa administrativa para el ejercicio del derecho fundamental de reunión. La STC 115/1987, de 7 julio, declaró inconstitucional la exigencia de autorización previa ya que, a pesar de lo dispuesto en el art. 13.1 CE, la configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros no puede afectar al contenido esencial de los mismos. A juicio del Tribunal Constitucional, el art.7 LO 7/1985 vulneraba el contenido básico del derecho, ya que la previsión contenida en el art. 21 CE *“el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa”* forma parte de la esencia propia del derecho y su supresión supone en gran medida vaciarlo de contenido.

Por el contrario, la STC 115/1987 no declaró inconstitucional la exigencia de residencia legal, por lo que este segundo requisito se mantuvo durante toda la vigencia de la LO 7/1985 y también se incorporó a la nueva *“Ley de Extranjería”* que la sustituyó, la LO 4/2000, de 12 de enero, cuyo art. 7.1 (en la redacción dada por la LO 8/2000) disponía:

“Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

De esta manera se establecía una diferenciación entre titularidad y ejercicio en el derecho de reunión y manifestación respecto a los extranjeros en España: la primera correspondía a cualquier extranjero independientemente de su situación documental, mientras que el segundo se reservaba a aquéllos que se encontraban en situación documental regular. Esta circunstancia también mereció el rechazo doctrinal, ya que la privación del ejercicio efectivo de un derecho equivale a la negación total del mismo²⁶⁵.

Esta situación se extendió hasta la ya analizada STC 236/2007, de 7 de noviembre (y confirmada por las SSTC 259 a 265/ 2007), que declaró inconstitucional el requisito de la residencia legal por la vinculación de los derechos de reunión y manifestación con la dignidad humana. Dicha

²⁶⁵ ASENSI SABATER, José; Respuesta a encuesta. Revista Teoría y Realidad Constitucional nº7. 2001, p. 35.

conexión obliga a que se reconozca la titularidad y el ejercicio de los derechos en cuestión a españoles, a extranjeros con residencia legal y a extranjeros en situación documental irregular al mismo nivel. Este posicionamiento se ve reforzado por la función que el propio Tribunal Constitucional había asignado poco antes a la reunión y manifestación como expresión colectiva de la libertad de expresión (STC 284/2005, de 7 noviembre). La STC 236/2007 declara inconstitucional el art. 7.1 LO 4/2000 en la redacción dada por la LO 8/2000 porque no estaba “configurando legalmente” un derecho fundamental de la personas extranjeras en España en el marco del art. 13.1 CE, sino que, tal como mantenía gran parte de la doctrina, privando de su ejercicio a los extranjeros en situación documental irregular estaba realmente negando el derecho en sí y por ende vulnerando el contenido esencial del mismo.

Como consecuencia de la citada jurisprudencia constitucional la LO 2/2009, de 11 de diciembre, modificó la redacción del art. 7.1 LO 4/2000 para directamente equiparar a españoles y extranjeros en cualquier situación documental en la titularidad y ejercicio del derecho de reunión (“*Los extranjeros tienen el derecho de reunión en las mismas condiciones que los españoles*”).

I.2) DERECHO DE ASOCIACIÓN.

Al igual que en el caso de los derechos de reunión y manifestación, la normativa internacional no vincula el disfrute en plenitud del derecho de asociación a ostentar la nacionalidad del país donde se reside²⁶⁶.

Sin embargo, el art. 8.1 LO 7/1985 reconocía el derecho de asociación sólo a los extranjeros con residencia legal en España, y además su apartado 2º permitía la disolución o suspensión de actividades por resolución administrativa de las asociaciones creadas o mayoritariamente integradas por extranjeros. Esta posibilidad suponía una diferenciación clara respecto a las asociaciones creadas o cuyos miembros fueran en su mayoría españoles, ya que éstas, según lo dispuesto por el art. 22.4 CE, exclusivamente podían ser suspendidas o disueltas por sentencia judicial.

La STC 115/1987 también se pronunció sobre la regulación prevista en la LO 7/1985 para el derecho de asociación, afirmando que este derecho está directamente reconocido a los extranjeros por la Constitución y declarando inconstitucional que mediante una decisión de la Administración se pudiera llevar a cabo la suspensión o disolución de asociaciones creadas o integradas mayoritariamente por extranjeros. La sentencia no consideró por el contrario que la exigencia de regularidad documental para el ejercicio del derecho de asociación violentara el texto constitucional.

Por lo anterior, el art. 8 de la LO 4/2000 (en la redacción dada por la LO 8/2000) mantuvo el requisito de la residencia legal. Posteriormente la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, no hizo referencia expresa a estas circunstancias en su art. 3, donde trata la capacidad para ejercer el derecho.

²⁶⁶ Ver arts. 20.1 DUDH, 22.1 PIDCP y 11 CEDH.

El “status quo” determinado por la LO 4/2000 se mantuvo hasta la reiterada STC 236/2007, que establece la conexión directa del derecho de asociación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y por ende considera inconstitucional la privación de su ejercicio a los extranjeros en situación documental irregular. De esta manera, siguiendo los dictados del máximo intérprete constitucional, también la LO 2/2009 introduce un nuevo art. 8 en la LO 4/2000 de un tenor literal casi idéntico al del precepto dedicado al derecho de reunión y manifestación: *“Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”* Por último, aunque con un contenido más programático que vinculante, es llamativo que el art. 69 de la LO 4/2000 imponga a los poderes públicos la obligación de *“promover el movimiento asociativo entre los inmigrantes”* como herramienta de integración social²⁶⁷.

²⁶⁷ Esta línea de trabajo de “fomento del asociacionismo inmigrante” ha suscitado cierto debate entre la doctrina científica y las propias entidades de la sociedad civil española en torno a cuál debe ser su objetivo prioritario: ¿integración en asociaciones generales autóctonas o creación colectivos propios de inmigrantes? Ver en LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros.... cit., pp. 109-110.

I.3) LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y EL REFERÉNDUM.

Son los dos principales instrumentos de participación política directa en España. Ambos están especialmente conectados con el ejercicio de la soberanía, ya que la participación directa es su forma más “pura”. Sin embargo, esa incidencia sobre la soberanía transita más en el terreno de la Filosofía del Derecho que en el de la realidad político-jurídica, ya que ambas instituciones han tenido un impacto muy limitado desde la aprobación de la Constitución de 1978.

La iniciativa legislativa popular está contemplada en 87.3 CE:

“Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia”.

La ley de desarrollo a la que reenvía el texto constitucional fue la LO 3/1984, de 26 de marzo, Reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular. La Constitución no hace referencia expresa a la titularidad de este derecho, pero el art. 1 de la LO 3/1984 determina que:

“Los ciudadanos españoles mayores de edad que se encuentren inscritos en el censo electoral pueden ejercer la iniciativa legislativa prevista en el artículo 87.3 de la Constitución, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley Orgánica”.

Por lo tanto, se excluye directamente la participación política de los extranjeros a través de la iniciativa legislativa popular. Esta exclusión es plenamente coherente con el postulado de que los extranjeros no deben ejercer soberanía y que en la potestad legislativa es donde reside esencialmente ésta. Si, como veremos al tratar el derecho de sufragio, tienen vetado los no nacionales la intervención indirecta a través de

representantes en la potestad legislativa, con más razón tampoco podrán participar directamente con la iniciativa legislativa

Por su parte, el referéndum está regulado en el art.92 CE:

“1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

...

3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución”.

El desarrollo legislativo ordinario del art. 92 CE se realizó a través de la LO 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum. En esta ley no se hace referencia expresa de la titularidad del derecho a participar en referéndum; tan sólo su art. 5.1 determina que:

“El referéndum se decidirá por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en el ámbito que corresponda a la consulta”.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la hora de dilucidar la posibilidad de que personas extranjeras participen en un referéndum en España el punto de partida sería la referencia que realiza el art. 92 CE a “todos los ciudadanos”. El concepto ciudadano ha sido interpretado en esta materia en un sentido estricto, manteniendo su vinculación a la nacionalidad española. Sin embargo, en el resto de las alusiones al referéndum que realiza la Constitución española (arts. 151 -iniciativa autonómica- y 167/168 -reforma constitucional-) no se utiliza el concepto ciudadano: o no se hace mención a la titularidad o se le asigna al “cuerpo electoral”. A este último término se le podría atribuir en un momento dado un significado más extensivo que pudiera incluir a personas extranjeras.

Por último, los distintos Estatutos de Autonomía también han regulado la figura del referéndum en su ámbito competencial. A modo de ejemplo podemos señalar el art. 248 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), que establece la necesidad de someter la reforma de esta norma al *“referéndum positivo de los electores andaluces y andaluzas”*. En este caso, al adjetivar la condición de elector

con el término “andaluz o andaluza”, el Estatuto explicita de forma más clara que en lo previsto por el texto constitucional para su reforma la reserva del referéndum a la personas con nacionalidad española, ya que en su art. 5 considera andaluces desde una perspectiva política a los *“ciudadanos españoles que...tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía”* en incluso a aquellos españoles *“residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía”*.

I.4) DERECHOS DE SINDICACIÓN Y HUELGA.

A pesar de que estos derechos nacieron en el ámbito de las relaciones laborales, constituyéndose en las principales herramientas de los trabajadores para la defensa de sus intereses frente a los propietarios de los medios de producción, es innegable una dimensión política de los mismos que trasciende a la materia estrictamente laboral²⁶⁸. No son infrecuentes las ocasiones donde la acción sindical y el ejercicio del derecho de huelga tienen como objetivo último incidir en las políticas públicas sociales y económicas, sin que sea necesaria la existencia de un conflicto específico por condiciones de trabajo entre un grupo de trabajadores y empresarios concreto. De esta manera, podemos incluir los derechos de sindicación y huelga entre aquéllos que determinan la expresión política de la ciudadanía y es pertinente incluirlos en este análisis respecto a la titularidad y ejercicio de los mismos por las personas extranjeras en España. En este sentido también es significativa la propia posición sistemática de los sindicatos en la Constitución: aparecen reconocidos en el Título Preliminar (art. 7), justo a continuación de los partidos políticos, lo que indica su consideración de herramienta clave en el sistema constitucional.

El derecho de sindicación es reconocido por el art. 28.1 CE a “*todos los trabajadores*”, sin hacer referencia a la nacionalidad, siguiendo la línea de los principales instrumentos de Derecho Internacional aplicables a la materia²⁶⁹. Esta situación también se certifica en el art 1.1 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical,

En cuanto al contenido de la libertad sindical, tanto la Constitución

²⁶⁸ El propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 123/1992, de 28 septiembre, hace referencia a la perspectiva política del derecho de huelga al afirmar que puede ser un medio para tener incidencia más allá del ámbito laboral.

²⁶⁹ El Convenio 87 de la OIT reconoce la libertad sindical a “todo trabajador” mientras que los arts. 23 DUDH, 22 PIDCP y 11 CEDH lo reconocen a “toda persona”.

española como la DUDH, el CEDH y el PIDCP especifican que incluye el derecho de fundar sindicatos, además de la libre afiliación a los mismos.

Sin embargo, el art. 10 de la LO 7/1985 fue bastante más restrictivo a la hora de “configurar legalmente” este derecho para los extranjeros en España, ya que lo ceñía a aquéllos que estuviera en situación documental regular, a los que además sólo permitía afiliarse a sindicatos, pero no fundarlos. El art. 11 LO 4/2000 (tras la modificación de la LO 8/2000) mantiene la exigencia de la residencia legal, aunque no hacía la exclusión expresa del derecho a fundar sindicatos que establecía la LO 7/1985. El tenor literal del precepto aludía al “derecho a sindicarse libremente”, que teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 28.1 CE y el Derecho Internacional de la materia, debe considerarse que incluye la posibilidad de crear sindicatos.

El art. 28.2 CE reconoce el derecho a la huelga “a los trabajadores”, sin hacer referencia a la cuestión de la nacionalidad. Los principales tratados internacionales que reconocen de forma explícita el derecho de huelga (ver art. 8 PIDESC, art. 28 CDFUE o el art. 2 del Convenio 87 OIT) tampoco establecen restricciones por este motivo.

En el desarrollo legislativo ordinario de este derecho fundamental nos encontramos con una singular anomalía: éste se contiene en una norma preconstitucional, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo²⁷⁰. Dejando a un lado esta circunstancia, el art. 3 del Decreto-Ley reconoce este derecho genéricamente a los “trabajadores”. En este ámbito consideramos relevante que tanto jurisprudencia como doctrina hayan definido al derecho de huelga como de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, teniendo en ese ejercicio colectivo los sindicatos un papel “estructural”²⁷¹.

El art. 10 de la LO 7/1985 excluía a extranjeros en situación documental irregular de la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga. Por el contrario la LO 4/2000 (redacción LO 8/2000) sí otorgaba la titularidad

²⁷⁰ Aunque hay que señalar que el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia 11/1981, de 8 de abril, eliminó de esta norma los preceptos incompatibles con el texto constitucional tras su entrada en vigor.

²⁷¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; Inmigración y derechos fundamentales... cit., pp.164 y ss.

del mismo a los extranjeros en situación documental irregular en su art. 11.2, aunque privándoles de su ejercicio, por lo que en la práctica estas personas continuaron teniendo vetado el derecho.

Las restricciones establecidas por ambas normas provienen de un concepto de trabajador eminentemente formal, por lo que sólo se considera como tal a quien está autorizado legalmente para llevar a cabo una actividad laboral y, por ende, sólo ellos deben gozar en plenitud de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico en este ámbito²⁷². Sin embargo, la perspectiva material se ha ido imponiendo, haciendo prevalecer la relación laboral real existente a los requisitos formales para formalizar un contrato de trabajo válido²⁷³.

La jurisprudencia constitucional también asumió el concepto material de trabajador, y en base al mismo determinó la vinculación de estos derechos con la dignidad humana. Las SSTC 236/2007 y 259/2007 declararon inconstitucional la exigencia a los extranjeros de residencia legal para el ejercicio de los derechos de sindicación y huelga (la segunda declara directamente la nulidad del art. 11 LO 4/2000). Incluso se puede considerar contradictorio desde el punto de vista del contenido sustantivo de estos derechos negarle su ejercicio a los trabajadores en situación documental irregular. Éstos son los trabajadores que se encuentran en una situación de mayor debilidad y desprotección, por lo que excluirles de las principales herramientas que tienen los trabajadores para la defensa de sus derechos ahonda en su posición de indefensión²⁷⁴.

²⁷² Tesis mantenida por el Abogado del Estado en su oposición al recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 236/2007. Ver en AGUELO, Pascual y CHUECA Ángel; ob.cit., p. 117.

²⁷³ De esta manera las personas extranjeras en situación documental irregular también tienen derechos laborales en el caso de que efectivamente estén trabajando (incluso el derecho a que el empresario cotice por ellos a la Seguridad Social. Ver STS 7214/ 1998, de 2 de diciembre)

²⁷⁴ Otra cuestión sería si el actual sistema sindical español está respondiendo satisfactoriamente a las necesidades/reivindicaciones de los trabajadores extranjeros en situación documental irregular En este sentido ver unos interesantes apuntes sobre el tema en LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros...cit., pp. 131-142.

I.5) DERECHO DE PETICIÓN

El art. 29.1 CE reconoce que:

“Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley”.

Este peculiar derecho se puede considerar una reminiscencia “pre-revolucionaria”, cuando los habitantes de un Estado eran súbditos y no ciudadanos y los derechos se “rogaban” al soberano y no se ejercían. Sorprende por tanto que aparezca dentro de los derechos que la Constitución española considera como fundamentales, algo que no ocurre en las grandes declaraciones de derechos internacionales (salvo el art 44 CDFUE, que contempla el derecho de petición de los ciudadanos europeos ante el Parlamento UE, al ser éste uno de los derechos que el TFUE y el TUE vinculan a la ciudadanía europea).

Se podría calificar este derecho como “residual”, algo que señala expresamente la propia exposición de motivos de la ley orgánica que lo desarrolla (LO 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición) y la jurisprudencia constitucional²⁷⁵. A pesar del carácter residual de este derecho, un buen número de textos constitucionales europeos, al igual que el ordenamiento comunitario, lo siguen reconociendo.

Según se desprende el art. 3 de la LO 4/2001, el derecho de petición permite realizar “...solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico (no) establezca un procedimiento específico...”, donde no se esgriman pretensiones subjetivas cuyo cumplimiento sea una obligación impuesta a las administraciones por el ordenamiento jurídico (STC 242/1993). Lo anterior pone de relieve el carácter subsidiario del derecho, especialmente tras la proliferación de la amplia batería de recursos administrativos actualmente existentes y la creación de

²⁷⁵ Por todas la STC 242/1993, de 14 de julio.

instituciones como el Defensor del Pueblo²⁷⁶.

La jurisprudencia y la doctrina otorgan una naturaleza híbrida al derecho de petición, entre derecho de participación política y libertad, ya que en él confluyen aspectos de un mero derecho de libertad con otros propios de la participación política. Esta circunstancia ha hecho que respecto a la titularidad se haya oscilado entre la restricción a los “ciudadanos” en exclusiva (los que ponen el acento con mayor fuerza en su carácter de derecho político) y la titularidad universal (los que priorizan su función de libertad civil)²⁷⁷.

En España, la regulación de la titularidad y ejercicio del derecho de petición ha sufrido una significativa evolución en lo concerniente a la titularidad y ejercicio del derecho de petición. El art. 3 de la preconstitucional Ley 92/1960 restringía el derecho a “*los españoles mayores de edad y las personas jurídicas de nacionalidad española*”, algo que la doctrina de la época vinculaba a la naturaleza política del mismo²⁷⁸.

La Constitución española de 1978 en su art. 29 sigue manteniendo como titulares a “*todos los españoles*”. Evidentemente la situación política de España era bastante diferente en 1978 que en 1960, pero intuimos que la naturaleza del derecho de petición y la titularidad del mismo no ocupó un lugar preferencial en las preocupaciones de los constituyentes, y nos atrevemos a aventurar que en esa opción quizás influyó más cierta inercia que una clara opción política de excluir a los extranjeros de la titularidad

²⁷⁶ Aunque no sea pueda considerar un instrumento de participación política en sentido estricto, hay que destacar que las personas extranjeras, sea cual sea su situación administrativa, tienen acceso al Defensor del Pueblo nacional y a los autonómicos en pie de igualdad con los nacionales españoles. Ver art.10.1 de la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, y como ejemplo de los autonómicos el art. 11.1 de la Ley andaluza 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz.

²⁷⁷ Ver en FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; “Comentario a la LO 4/2001 reguladora del Derecho de Petición”. Revista española de Derecho Constitucional nº65. 2002, p. 199. y en la citada STC 242/1993, de 14 de julio.

²⁷⁸ Por todos LÓPEZ RODÓ, Laureano; “El derecho de petición. Antecedentes, directrices y discusión en las Cortes”, Documentación Administrativa, nº40. Madrid, 1961. Esta opción doctrinal por la naturaleza política del derecho de petición es totalmente lógica teniendo en cuenta en el contexto jurídico-político en el que se encontraba España en los años 60. En un régimen de carácter dictatorial donde la participación libre de la ciudadanía era prácticamente inexistente, la posibilidad de dirigir quejas o sugerencias a las administraciones debía ser considerado como una de las escasas herramientas de cierto contenido político disponibles para la población española.

del derecho²⁷⁹. Es revelador del escaso interés generado por esta vía de participación política y/o libertad civil reconocida por el art. 29 CE el hecho de que la ley que la desarrolla tardara 23 años en aprobarse (LO 4/2001).

Sin embargo, esta en apariencia intrascendente “reliquia” jurídico-política se ha revelado como de especial interés en el proceso de reconocimiento de la dimensión política de los extranjeros en España, ya que el art. 1 de la LO 4/2001 determina que:

“Toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición...”

Evidentemente, este precepto tiene serias dificultades de compatibilidad con la literalidad del art. 29 CE (“todos los españoles”), si bien el mismo no ha sido objeto de ningún recurso de inconstitucionalidad. Nos parece muy destacable que una ley de desarrollo de un derecho calificado por la CE como fundamental y de contenido político²⁸⁰ extienda su titularidad a los extranjeros (incluso a los que están en situación documental irregular), aunque la CE lo hubiera reservado expresamente para los españoles. En el ámbito de la UE también se hace una interpretación extensiva respecto a la titularidad del derecho de petición ante el Parlamento europeo, ya que se le reconoce a cualquier persona que “resida” en el territorio de la Unión (art. 227 TFUE); la LO 4/2001 va más allá ya que lo hace a “toda persona natural...”, sin especificar que tenga que ser “residente”, por lo que debe interpretarse que los extranjeros en situación documental irregular igualmente pueden ejercerlo.

Por supuesto, hay que contextualizar esta situación en el marco donde nos hayamos: un instrumento de participación calificado “oficialmente” como residual y que, aunque reconocido formalmente por la Constitución española como derecho fundamental, se cuestiona directamente su

²⁷⁹ Aunque en la discusión del proyecto constitucional Martín Retortillo interpretó como incongruente la exclusión de los extranjeros del derecho de petición teniendo en cuenta las opciones que les iba a ofrecer el art. 13.2CE. Ver en SÁINZ, Fernando y HERRERO, Mercedes (eds.); Constitución Española. Trabajos parlamentarios. Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1989.

²⁸⁰ La reiterada STC 242/1993 lo identifica como “instrumento de participación”, priorizando su carácter político respecto al de libertad civil.

vinculación la dignidad humana²⁸¹. A pesar de lo anterior, consideramos que la LO 4/2001 abre una nueva perspectiva sobre la “configuración legal” de los derechos fundamentales de los extranjeros que muestra que, contrariamente a su habitual tendencia restrictiva, también es viable que esta configuración posibilite un reconocimiento extensivo a los mismos superando la propia literalidad del texto constitucional.

²⁸¹ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; ob.cit., pp. 200 y ss.

I.6) OTROS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DISTINTOS AL SUFRAGIO EN EL ÁMBITO ESTATAL Y AUTONÓMICO.

En el ámbito estatal y autonómico, más allá de los derechos ya analizados, tan sólo quedaría hacer una sucinta referencia a los foros consultivos que tratan cuestiones migratorias y en los que se da participación a los colectivos de inmigrantes²⁸².

En el ámbito estatal, dicho foro tuvo su primer precedente en el Real Decreto 490/1995, de 7 de diciembre, bajo el nombre de Foro para la integración social de los inmigrantes. Posteriormente fue incorporado a la LO 4/2000; tras la reforma operada por la LO 2/2009 aparece recogido en su art. 70, en el que hace una referencia genérica a sus funciones (*“consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes”*) y a como debe ser su composición (*“constituido de forma tripartita y equilibrada, por representantes de las Administraciones Públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas”*). Se remite al desarrollo reglamentario para mayores precisiones.

El citado RD 490/1995 fue derogado por el RD 367/2001, de 4 de abril, que a su vez fue sustituido por el RD 3/2006, 16 de enero, que es el que actualmente regula el foro estatal. Además de concretar exactamente su composición y funciones, quizás lo más relevante está en la competencia que se le asigna a este organismo de emitir informes preceptivos, pero no vinculantes, de todos los proyectos normativos que afecten a la materia de integración de las personas inmigrantes.

²⁸² A pesar de tener la suficiente entidad para merecer un detenido estudio, el análisis de los distintos planes de integración y/o ciudadanía estatales y autonómicos excede el objeto de la presente tesis doctoral. Una completa información respecto a los mismos en LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; Los derechos de participación de los extranjeros...cit.

La valoración del recorrido de esta institución consideramos que no puede ser muy positiva, desde la perspectiva de instrumento de participación política de los extranjeros en España, por dos cuestiones principales: la forma de selección de los colectivos que deben representarlos en el foro (designados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración) y la dificultad para “medir” la verdadera representatividad de estos colectivos.

Respecto a los foros autonómicos, señalar a modo de ejemplo el Foro de la Inmigración de Andalucía, creado por el Decreto 453/1996, de 1 de octubre, que pasó a denominarse Foro Andaluz de la Inmigración por el Decreto 55/2001, de 26 de febrero, que es el que en la actualidad lo regula. Damos por reproducidas las mismas dudas señaladas respecto al estatal en cuanto al proceso de selección de los colectivos de personas inmigrantes (designados por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía) y su representatividad.

I.7) OTROS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DISTINTOS AL SUFRAGIO EN EL ÁMBITO LOCAL.

En el ámbito local sí que se establecen de una forma expresa unos derechos de participación para los extranjeros con un mayor calado que los citados foros estatal y autonómicos.

El art.6.2 LO 4/2000 (en la redacción última dada por la LO 2/2009) establece que:

“Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación”.

Estos derechos se encuadrarían dentro de lo que la STC 119/1995, de 17 de julio, definió como “participación administrativa”. Ésta se diferenciaría de la participación política principalmente en que ningún caso supone ejercicio de soberanía, por lo que no habría obstáculo para que las personas extranjeras accedieran a la misma. Eso sí, la LO 4/2000 excluye de la misma a los extranjeros que se encuentren en situación documental irregular. Además de la situación de residencia legal se exige estar empadronado en el municipio donde se vaya a llevar a cabo esta participación.

Los derechos de participación administrativa “local” de los extranjeros se concretan esencialmente en los arts. 69 y ss. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), que en cumplimiento de lo dispuesto por su art. 18 señala como derecho general de los vecinos la “participación en la gestión municipal” y como derechos singulares solicitar la consulta popular y ejercer la iniciativa popular en el ámbito municipal.

El art. 69 LRBRL establece una obligación genérica de los ayuntamientos de facilitar información a los ciudadanos y fomentar su participación,

dándoles una gran libertad a la hora de establecer los instrumentos para cumplir con estos mandatos.

Es destacable lo dispuesto en el art. 70 bis apdo. 2 respecto a la titularidad de la citada iniciativa popular *“Los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular...”*. Por lo tanto, podrán gozar de este derecho los ciudadanos europeos y los nacionales de países con tratados en vigor bajo el criterio de reciprocidad que cumplan los requisitos para ejercer el sufragio activo local en el municipio de que se trate. Estos últimos también tendrán derecho a participar en las asambleas vecinales de los municipios que funcionan bajo el régimen de concejo abierto, ya que el art. 29.3 LRBRLL prevé que:

“En el régimen de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores...”.

En el ejercicio de estos derechos de participación administrativa de los residentes extranjeros empadronados en un municipio español se deben tener en cuenta los arts. 227 y ss. del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales.

Por último señalar que en el ámbito local también se han ido creando consejos locales de inmigración en un buen número de localidades españolas, que pretenden tener un perfil parecido en su ámbito territorial a los foros del Estado y de las CCAA. Evidentemente no es viable hacer una valoración global del funcionamiento de estas instituciones, ya que en cada municipio existe un contexto migratorio muy diverso, aunque no se tienen evidencias que inviten a pensar que hayan tenido mucho mayor éxito que sus “homólogos” de ámbito estatal y autonómico.

II) EL DERECHO DE SUFRAGIO.

II.1) SUFRAGIO, SOBERANÍA Y PUEBLO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL.

Ya se ha señalado a lo largo de estas líneas que el sufragio, en su dimensión activa y pasiva, ha sido considerado históricamente el derecho político por excelencia. La titularidad y ejercicio del mismo determinaba el acceso a la condición plena de ciudadano. El propio Tribunal Constitucional lo ha definido como “*el más importante ejercicio de soberanía por los ciudadanos*” (STC 144/1999, de 22 de julio). También se ha preocupado la jurisprudencia constitucional de deslindar que formas de participación deben considerarse como una manifestación del art. 23 CE, precepto donde se reconoce de forma expresa el derecho de sufragio, y por ende una “*participación política...manifestación de la soberanía popular*”.²⁸³

Por lo tanto, la situación de los residentes de extranjeros respecto al derecho de sufragio se revela como un elemento clave, aunque por supuesto no único, que facilita o dificulta su proceso de incorporación a la ciudadanía plena. Los arts. 13.2 y 23 del texto constitucional y el art. 6.1 de la LO 4/2000 establecen el marco jurídico donde esta materia se mueve.

El art. 13.2 CE dispone:

“Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

Y a su vez, el art. 23 CE estipula:

²⁸³ Ver en la citada STC 119/1995, de 17 de julio.

“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”

Y cerrando el círculo, el art 6.1 LO 4/2000, en la redacción determinada por la LO 2/2009, determina:

“Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley”.

Con carácter previo es muy conveniente realizar un breve “excurso histórico” respecto a la regulación de este ámbito en la Constitución española de 1978. Llama la atención que el anteproyecto del texto no contemplaba ninguna posibilidad de acceso al derecho de sufragio en España por parte de los extranjeros. Este aspecto fue introducido a posteriori por la Comisión Mixta Parlamentaria. Consideremos muy destacable que ya en el debate parlamentario “constituyente” salieran a relucir los principales elementos de la cuestión del reconocimiento a los extranjeros de los derechos políticos y de la condición de ciudadano: la superación o la pervivencia de la vinculación de la ciudadanía a la nacionalidad, la internacionalización de las relaciones políticas- jurídicas-económicas-sociales, la integración supranacional que pone en cuestión la supremacía de los Estados-nación, el impacto de los flujos migratorios en las sociedades de acogida...²⁸⁴. Todas estas cuestiones siguen estando totalmente abiertas tres décadas después, e incluso en la actualidad de una forma más acusada, ya que muchos de estos procesos han evolucionado de una manera totalmente insospechada en la España de finales de los setenta.

Nos parecen acertados los comentarios que realiza Elisa Pérez Vera respecto a los factores que determinaron el nivel de reconocimiento del

²⁸⁴ IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., pp. 16 y ss.

derecho de sufragio de los extranjeros que contempló el art. 13 CE (en la redacción original previa a la reforma de 1992). En primer lugar, los consensos ideológico-políticos entre los constituyentes que apostaban por reservar estos derechos en exclusiva a los nacionales y aquéllos que pretendían que se abrieran algo a los residentes extranjeros; y en segundo lugar el hecho de que en 1978 España fuera un país de emigración en el que no se podía prever el impacto que la inmigración tendría pocos años después²⁸⁵. La señalada redacción original del art.13 CE preveía que por tratado o por ley se podía extender, respetando los criterios de reciprocidad, el sufragio activo en las elecciones municipales.

II.1.a) La reforma del art. 13.2 CE y la DTC 1/1992, de 1 de julio.

La situación descrita se mantuvo hasta el año 1992, cuando en el ámbito jurídico-institucional de la Unión Europea entró en vigor el conocido como Tratado de Maastricht. Como analizamos en su momento, una de las principales consecuencias de la incorporación del tratado al acervo comunitario fue el establecimiento de la ciudadanía europea y los derechos a ella vinculados. Entre estos últimos destaca el reconocimiento del sufragio activo y pasivo a nivel local de los ciudadanos europeos en el país de la Unión en el que residan, aunque sea distinto al de la nacionalidad que ostentan. Por lo tanto, todos los Estados miembro tuvieron que adaptar sus ordenamientos jurídicos para hacer posible el ejercicio de este derecho. Y, por supuesto, España no fue una excepción, ya que el art. 13.2 CE contemplaba la posibilidad de reconocer a extranjeros el sufragio activo en comicios municipales, pero no el pasivo.

Ante esta tesitura, el Gobierno solicitó al Tribunal Constitucional, tal como está contemplado en el art. 2 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad constitucional del Tratado de la Unión Europea y en su caso sobre la reforma constitucional que parecía adivinarse como

²⁸⁵ PÉREZ VERA, E y ABARCA JUNCO, P; "Art. 13: extranjería" en ALZAGA VILLAMIL, O. -dir.-, Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo II. Edersa. Madrid, 2006, pp. 183-202.

imprescindible. El máximo intérprete constitucional se pronunció sobre este asunto en la Declaración 1/1992, de 1 de julio.

En la DTC 1/1992 se realizan diversas consideraciones de carácter político-jurídico de especial trascendencia en la materia que nos ocupa. En primer lugar, trata la cuestión de si en las instituciones locales, y por ende en sus comicios, predomina la dimensión política o la administrativa. El TC parece otorgarles en esta declaración un carácter predominante administrativo²⁸⁶. Esta afirmación conecta directamente con la cuestión de la soberanía y su ejercicio, ya que en su base está la consideración por parte del TC de que la soberanía nacional a la que alude el art. 1.2 CE se ejerce exclusivamente en las instituciones autonómicas y estatales, pero no en las locales. De esta manera, en las elecciones municipales no se estaría produciendo un ejercicio real de soberanía, por lo que ésta quedaría “indemne” a pesar de la participación de extranjeros en las mismas, aún incluso cuando esta participación incluyera el sufragio pasivo²⁸⁷. El Consejo de Estado también afirmó que no debe considerarse que lo dispuesto en el art. 13.2 CE y su ampliación incluyendo el sufragio pasivo local afecten el art. 1.2 CE²⁸⁸.

Gran parte de la doctrina considera que la principal manifestación de la soberanía nacional es el ejercicio de la potestad legislativa, por lo que sólo las instituciones que ostentan la capacidad para legislar son depositarias de dicha soberanía, algo que excluiría a los entes locales de esa categoría de instituciones²⁸⁹.

²⁸⁶ Se sitúa así en la línea de la STC 4/1981, de 2 de febrero, que afirmó la autonomía política de las CCAA frente a los entes locales que no la tenían, y no tanto en la de posteriores pronunciamientos (SSTC 51/1984 y 119/1995), que definían a las elecciones locales como políticas, distinguiéndolas de las corporativas

²⁸⁷ En muchas ocasiones, las “disquisiciones” jurídicas tienen dificultades de encaje con la realidad política-social. Ésta sería una de esas situaciones: afirmar en España que en los comicios donde se eligen a las administraciones que deciden sobre el planeamiento urbanístico no se está ejerciendo soberanía nos parece como mínimo discutible, especialmente en los últimos quince años...

²⁸⁸ Ver Dictámenes 850/1991, de 20/07/1991, y 421/1992, de 09/04/1992.

²⁸⁹ En esta línea es significativa la consulta realizada por el alcalde-presidente de Melilla a la Junta Electoral Central (JEC) el 13/06/1999 sobre participación electoral de extranjeros en Ceuta y Melilla, en su condición de ciudades autónomas con sus respectivos Estatutos. La JEC consultó al Gobierno y al Consejo de Estado y todos coincidieron en que no se veía afectada la soberanía nacional, ya que pesaría más su falta de potestad legislativa que su condición de entes de carácter autonómico. Ver en IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., pp. 54-55.

Por último, señalar que algunos autores afirman que en los Estados compuestos (confederales, federales y autonómicos) la soberanía nacional sólo reside en el Estado central, existiendo en el resto de los niveles territoriales ejercicio de autonomía política, no de soberanía, aunque tengan capacidad de aprobar normas con rango de ley. Desde esta perspectiva, y siguiendo el criterio descrito de excluir a los extranjeros sólo de la participación política en las instituciones que ejercen soberanía, sería factible que en España se le reconociera el derecho de sufragio en las elecciones autonómicas a personas sin nacionalidad española. Quizás para mantener la coherencia de este posicionamiento habría que impedir la intervención de las personas extranjeras en el proceso de elección de senadores que designan las asambleas legislativas autonómicas, como en el caso de la elección senatorial en Francia²⁹⁰. En este mismo sentido, hay autores que defienden que si se han cedido materias a las instituciones de la Unión Europea que antes se atribuían en exclusiva a la soberanía nacional y en ello no se ha considerado que exista ninguna contradicción con la Constitución española, no encuentran razones para no permitir al menos a los nacionales de Estados miembro de la Unión participar en las elecciones autonómicas e incluso generales²⁹¹, tal como se proponía en el ya mencionado “informe Catania”.

Otro de los elementos analizados en la DTC 01/07/1992 fue la vía formal que debía seguir la reforma constitucional del art. 13.2 CE, que en este pronunciamiento se estimó necesaria para poder suscribir el Tratado de la Unión Europea: la prevista por el art. 167 CE o la “agravada” del art. 168 CE. Según el TC, el art. 23 CE no quedaría afectado por el reconocimiento del sufragio pasivo local a los extranjeros, ya que el precepto en realidad no excluye a éstos de la participación política, sino que dicha exclusión proviene del art. 13 CE. Por lo anterior, a lo que se suma la “indemnidad” del art 1.2 CE sostenida en la misma declaración, se impondría la reforma ordinaria del art. 167 CE, ya que el art. 13 CE no está dentro de los contenidos del texto constitucional especialmente

²⁹⁰ MASSÓ GARROTE, Marcos F; “Aspectos políticos y constitucionales sobre la participación electoral de los extranjeros en el Estado nacional”, Revista de Estudios Políticos, nº97. Madrid, 1997, pp.159-194.

²⁹¹ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis; Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento jurídico. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas. McGraw Hill. Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

protegidos por el proceso de reforma agravado previsto en el art. 168 CE (Título Preliminar, la sección 1ª del capítulo 2º del Título I y el Título II).

Ibáñez Macías señala que es contradictoria la argumentación que realiza la DTC 01/07/1992 para excluir la afectación del art. 23 CE por el Tratado de Maastricht. Afirma que se debe optar entre sostener que el art. 23 CE establece un concepto estricto de ciudadanía que excluye totalmente a los extranjeros, o por el contrario defender que este precepto contiene una perspectiva de la ciudadanía amplia en la que se debe incluir a las personas extranjeras. En el primer caso, para la ratificación del tratado hubiera sido obligada su modificación, a través del procedimiento agravado del art. 168 CE, mientras que en el segundo el art. 23 CE no estaría afectado por este instrumento internacional, siendo innecesaria la reforma del mismo. Sin embargo el Tribunal Constitucional no es coherente con este planteamiento en la Declaración 1/1992, ya que en ella se sigue alineando con la tesis de que para acceder a la ciudadanía plena en España es indispensable ostentar la nacionalidad española, pero al mismo tiempo determina que la entrada en vigor del Tratado de Maastricht no afecta a la indemnidad del art. 23 CE²⁹².

En este ámbito Presno afirma que la necesidad de ostentar la condición de nacional para la participación política es un principio liberal ligado a la teoría del status, mientras que el principio democrático se relaciona más con la capacidad de autodeterminación del individuo. Señala que el art. 13 CE se mueve en los parámetros de la teoría del status, posicionamiento ratificado por el Tribunal Constitucional en la DTC 1/1992 al confirmar la necesidad de poseer el status de nacional para ejercer determinados derechos fundamentales, principalmente los derechos políticos²⁹³.

II.1.b) El “pueblo español” como titular de la soberanía.

En el capítulo dedicado al Derecho comparado ya se indicó que la relación entre los conceptos “pueblo” y “soberanía” habían centrado

²⁹² IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., p. 39.

²⁹³ PRESNO LINERA, Miguel Ángel.; ob.cit., pp. 64 y ss.

los pronunciamientos constitucionales de los países de nuestro entorno al tratar el acceso de los extranjeros a los derechos políticos. También acabamos de comprobar que es una cuestión que la jurisprudencia constitucional española ha abordado cuando se le ha interpelado respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos políticos por los no nacionales, partiendo de la afirmación del art. 1.2 CE *“la soberanía nacional reside en el pueblo español...”*.

Hemos afirmado que el TC ha situado el límite al reconocimiento de la participación política de los extranjeros en la no afectación de la soberanía que pertenece en exclusiva al pueblo español. Y no sólo ha reafirmado la primacía del pueblo español frente a la “amenaza exterior”, sino que también lo “blinda” frente a las pretensiones de socavar su exclusividad respecto a la soberanía que pudieran provenir del “interior”: la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que valoró la constitucionalidad de uno de los principales elementos del conocido como “plan Ibarretxe”²⁹⁴, ante la afirmación de la posible existencia de un “pueblo vasco” titular de un “derecho a decidir” (que podría identificarse como una manifestación de soberanía) reitera la primacía del “pueblo español” como titular exclusivo de la soberanía.

Partiendo de esta perspectiva, el interrogante se sitúa en la viabilidad de modificar el concepto de “pueblo” para dar entrada en el mismo a los extranjeros. De esta manera, siendo el titular de la soberanía el pueblo español, y estando conformado éste por aquellos ciudadanos que ostentan la plenitud de los derechos políticos (los nacionales españoles), ¿se podría ampliar el acceso a la participación política de los extranjeros y conservar el concepto “pueblo español” como titular de la soberanía?

Íntimamente conectado con lo anterior estaría la determinación de la dimensión subjetiva del concepto de ciudadano y la posible inclusión en el mismo de los extranjeros. En España el elemento clave reside en el art. 23.1 CE, que afirma que los “ciudadanos” son los titulares del derecho de sufragio, principal derecho político. El hecho de que la

²⁹⁴ En concreto la constitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política».

Constitución utilice el término “ciudadanos” y no “ciudadanos españoles” o directamente “españoles”, como hacen otros textos constitucionales de Derecho comparado, abre la posibilidad de defender que la literalidad constitucional no impide una interpretación extensiva del concepto, aunque ya hemos señalado que la mayoría de los autores y la propia jurisprudencia constitucional se inclinan por la interpretación restrictiva del término que mantiene la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad.

Por lo expuesto, compartimos la opinión que considera esencial para construir una nueva ciudadanía más inclusiva en un Estado realmente democrático la renovación del concepto “pueblo” como titular de la soberanía. Desde esta perspectiva, nos parece igualmente pertinente la puesta en duda de que el “Estado constitucional” pueda mantener la preexistencia de un sujeto colectivo con voluntad propia llamado nación; o incluso admitiendo lo anterior, su supervivencia una vez cumplida su función de poder constituyente (una vez aprobada la Constitución, deviene en constituido y queda sometido a las normas constitucionales²⁹⁵).

Algunos autores señalan que la ampliación del concepto de pueblo y/o el de ciudadanía puede introducirse a través del Derecho de la Unión Europea. En este sentido destacan lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución Europea, en la que se hace un reconocimiento expreso de la primacía del Derecho comunitario y de la dimensión “material” que le otorga al art. 93 CE, frente a la meramente “procedimental” que le asignaba la Declaración TC 1/1992. Según estos autores, se podría estar abriendo un camino para el desplazamiento del art. 13.2 CE por parte del Derecho UE si llegara el caso de que este último reconociera la participación en las elecciones territoriales (regionales o estatales) y generales a los ciudadanos UE como derecho político vinculado a la ciudadanía europea²⁹⁶.

²⁹⁵ Ver en SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit., pp. 10 y ss.

²⁹⁶ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., p. 125.

II.1.c) Participación política y derecho de sufragio de los extranjeros en el Estatuto de Autonomía de Andalucía.

Conectando con la referencia al ámbito autonómico realizada al tratar el referéndum, concluimos este apartado con un breve apunte respecto a la novedosa alusión que se realiza en los estatutos de autonomía reformados en los últimos años a la participación política de los extranjeros, tomando de nuevo como modelo el Estatuto andaluz en la redacción dada por la LO 2/2007.

El art. 5.3 de la norma autonómica andaluza básica dispone:

“Dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para promover la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía.”

En realidad, del contenido de este precepto, y del de sus análogos en otros estatutos, se desprende que la única novedad reside en la mención expresa de la participación política de los extranjeros como algo factible o deseable “lege ferenda”. La propia definición de la condición política de andaluz que determina el mismo art. 5 en su primer apartado (“... los ciudadanos españoles que...tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía”) y el encabezamiento del apartado donde se alude a la participación política de los extranjeros “*Dentro del marco constitucional...*” nos debe llevar a concluir que no existe ningún avance sustantivo en el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros residentes en Andalucía. Apoyando esta afirmación el art. 30 del Estatuto designa como titulares de los derechos políticos (entres ellos el sufragio activo y pasivo “autonómico”) en el nivel institucional andaluz a los “andaluces y andaluzas”. Consideramos que de todos modos no podía ser de otra manera, ya que, teniendo en cuenta todo lo expuesto en estas líneas, las modificaciones legislativas necesarias para la ampliación de los derechos políticos, en especial el de sufragio, de los extranjeros

en España afectan a materias reservadas a la competencia exclusiva del Estado, con la reforma del art. 13.2 CE a la cabeza²⁹⁷.

²⁹⁷ En este sentido nos parece más que dudoso la opinión de que, a la luz del nuevo Estatuto andaluz, se podría ampliar la participación política de los extranjeros en Andalucía (incluso el sufragio autonómico) respetando el marco constitucional, sin necesidad de reforma constitucional ni intervención del Estado central. Ver en DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., pp. 157-158.

II.2) CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO POR LOS RESIDENTES EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

II.2.a) El criterio de reciprocidad exigido por el art. 13.2 de la Constitución española.

El respeto al criterio de reciprocidad es la principal exigencia para el limitado reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros en España, tal como establece el art. 13.2 CE y confirma el art. 6 LO 4/2000. Hay que destacar que en su redacción inicial este último precepto no aludía expresamente a la necesidad de reciprocidad, algo que sí hacía la LO 7/1985. Sin embargo, la reforma operada por la LO 8/2000 reintrodujo esa mención, aunque tampoco consideramos que hubiera abierto alternativas novedosas al mantenimiento de la versión inicial del art. 6 LO 4/2000 debido a lo taxativo del art. 13.2 CE en este ámbito.

De nuevo hay que traer a colación el contexto histórico en el que se aprobó el texto constitucional para situar correctamente el sentido político inicial de la exigencia de reciprocidad: como hemos reiterado, a finales de los 70 España continuaba siendo un país de emigración donde no existía ningún indicio razonable que hiciera sospechar que dos décadas después iba a tener más de un 10% de población extranjera. Por lo tanto, dicha exigencia estaba más encaminada a fomentar el reconocimiento del derecho de sufragio a los emigrantes españoles en sus países de residencia que a ampliar el reconocimiento de la participación política de los extranjeros en España.

El concepto “reciprocidad” contemplado en los artículos analizados debe entenderse, con carácter general, como la necesidad de que a los españoles le sean reconocidos los mismos derechos del art. 13.2 CE

en el país de origen de las personas extranjeras a las que se pretenda otorgar éstos en España. Surge el interrogante sobre el contenido de la reciprocidad, en el sentido de si ésta implica una identidad estricta en las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio en España y en el país de que se trate. El Consejo de Estado, en su informe de 24 de febrero de 2009, determina que aunque no se exija una coincidencia plena, sí que debe tener un nivel considerable de equivalencia.

Algunos autores apuntan que para que pueda considerarse que existe un nivel de equivalencia aceptable las elecciones en el país de que se trate deben cumplir los estándares internacionales democráticos, deben reconocer como mínimo el sufragio activo en el ámbito municipal y el periodo de residencia exigido debe ser similar²⁹⁸. Otros realizan una interpretación del criterio de reciprocidad todavía más flexible, ya que consideran que éste alude a una *reciprocidad de reconocimiento* del derecho de sufragio, y no del *ejercicio* del mismo, es decir, que bastaría con el reconocimiento abstracto del derecho de sufragio, no siendo imprescindible la posibilidad de su ejercicio realmente efectivo. Siguiendo esta interpretación defienden que sería suficiente con un texto legal del ordenamiento jurídico español que reconozca en general el sufragio local a los residentes extranjeros de países que también lo reconozcan a los españoles²⁹⁹.

Aún aceptando que la reciprocidad no implica una identidad estricta de condiciones de ejercicio, bajo nuestro punto de vista con varios de los países con los que España ha establecido acuerdos de reconocimiento mutuo de participación política a nivel municipal es difícil sostener la existencia de una equivalencia equilibrada en las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio. Esta cuestión será analizada con detenimiento en próximos apartados.

Desde una perspectiva formal, el art. 13.2 CE reconoce dos tipos de reciprocidad. La convencional, que se plasma a en un instrumento

²⁹⁸ SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros...cit., p. 16.

²⁹⁹ ROSA, F. Esteban de la; "Artículo 6. Participación pública", en ESPLUGUES, C. (coord.); Comentarios a la ley de extranjería. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 142-178.

internacional, y la legal, que se debe sustanciar en una norma del ordenamiento jurídico español que reconozca el derecho de sufragio municipal de los extranjeros cuyos países de origen hagan lo propio con los nacionales españoles. Hasta el momento en España se ha utilizado exclusivamente la vía convencional.

En este sentido hay que destacar que el art. 176 LOREG, a pesar de la doble opción contemplada en el art. 13.2 CE para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, tan sólo hace referencia a la posibilidad del tratado internacional. Esta circunstancia ha sido valorada de forma diversa desde la doctrina, oscilando entre quienes optan por hacer caso omiso a esta falta de referencia en la LOREG a la “vía legal” por la prevalencia de la previsión constitucional, los que indican la necesidad de la reforma del art. 176.1 LOREG y aquellos que directamente defienden la inconstitucionalidad del precepto por esta circunstancia³⁰⁰.

Por último, y todavía en el ámbito formal, también ha sido motivo de discusión doctrinal el hecho de que todos los instrumentos internacionales que ha suscrito España para el reconocimiento del derecho de sufragio municipal a nacionales extranjeros hayan adoptado la forma de “canje de notas” (salvo el Tratado de la Unión Europea / Maastricht, por supuesto).

Algunos autores han criticado que se utilizara esta forma de tratado internacional, una de la más “informales”, teniendo en cuenta que los canjes de notas a los que nos referimos afectan a derechos fundamentales. Plantean la cuestión de si para su aprobación interna debe primar la vía del art. 94.1 CE (imprescindible la autorización de las Cortes), al afectar a derechos fundamentales, o la del art. 94.2 CE (simplemente información a las Cortes a posteriori), teniendo en cuenta el tipo de tratados de que se trata. El Consejo de Estado, en diversos dictámenes sobre estos canjes de notas (Dictámenes 53825 de 30 de noviembre -tratado con Dinamarca-; 54685 -Noruega- y 54686 -Suecia- de 8 junio 1989, 370 -Perú- y 414 -Argentina- de 02/04/2009), afirma que a pesar de usar este instrumento internacional más “informal” es necesaria la previa autorización de las

³⁰⁰ Ver en SAGARRA I TRIAS, Eduard; La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Publicacions i Edicions UB. Barcelona, 2002.

Cortes Generales antes de su entrada en vigor³⁰¹, y efectivamente esa ha sido la opción utilizada en los suscritos hasta la fecha.

II.2.b) Requisitos procesales y administrativos.

El proceso y los requisitos de carácter administrativo para el ejercicio del derecho de sufragio aparecen esencialmente recogidos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LO 5/1985, de 19 de junio -LOREG-).

El art. 1 LOREG señala que las previsiones de esta norma se extienden a los procesos electorales estatales, locales y europeos, teniendo una función supletoria en los autonómicos. En sus arts. 2 a 7 determina que, con carácter general, para ejercer los derechos de sufragio activo y pasivo en España hay que ostentar la nacionalidad española, ser mayor de edad, estar inscrito en el censo electoral y no estar incurso en ninguna de las situaciones contempladas en el art. 3 LOREG para el sufragio activo o en las causas de inelegibilidad del art.6 LOREG respecto al sufragio pasivo. A estas reglas generales hay que sumar sus correspondientes excepciones, referidas a la posibilidad de participar extranjeros en las elecciones municipales y europeas (arts. 176, 177, 210 y 210 bis LOREG) y a la muy reciente restricción de la participación en las elecciones municipales a los españoles residentes en el exterior (art. 2.3 LOREG)³⁰².

De forma previa, es destacable señalar que el art. 140 CE dispone que *“los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio... Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos...”*. Por lo tanto, el texto constitucional otorga el sufragio activo en el ámbito municipal a los “vecinos” en general sin hacer mención específica a la nacionalidad, por lo que parece priorizar el requisito de la vecindad administrativa. Sin embargo, la literalidad del art. 13.2 CE parece bloquear cualquier interpretación extensiva del concepto vecino fuera de los parámetros que este precepto marca. La redacción original del art. 16 LRBRL quizás quiso

³⁰¹ En este sentido es pertinente señalar que el art. 2.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina que la forma de designar un tratado es irrelevante, prevaleciendo el contenido sustantivo del mismo.

³⁰² Reforma operada por la LO 3/2011, de 28 de enero.

aclarar de forma expresa esa posible confusión al distinguir entre vecinos (españoles mayores de edad empadronados en el municipio) y domiciliados (españoles menores de 18 años y extranjeros empadronados), aunque posteriormente la Ley 4/1996, de 10 de enero, modificó este artículo eliminando la distinción. La referida reforma realizada en la LOREG por la LO 3/2011 parece reforzar el concepto de “vecino” en su dimensión de vinculación directa con el municipio de que se trate, ya que como hemos puesto de relieve excluye del sufragio activo en los comicios locales a los españoles domiciliados en el extranjero.

Por el contrario, ni la Constitución ni la LOREG establecen como exigencia el empadronamiento para el ejercicio del sufragio pasivo local³⁰³. La exigencia que realiza el art. 6 LOREG de ostentar la condición de elector para poder ejercer el sufragio pasivo evita la paradoja que se podría haber producido tras la LO 3/2011: que una persona con nacionalidad española que reside en el extranjero no pudiera votar pero sí presentarse en las elecciones municipales.

Ya se hizo referencia a que la Directiva 94/80/CE determina que la participación de los ciudadanos europeos se debe entender extendida a todos aquellos órganos con competencias en el ámbito local elegidos por sufragio universal. En el caso de España, además de los ayuntamientos, en un principio se podrían incluir a los entes territoriales de 2º grado como las Diputaciones provinciales o Cabildos insulares. Para algunos autores, de lo dispuesto en los arts. 6, 176, 177, 202 y 203 de la LOREG se desprende que los concejales extranjeros tendrán sufragio activo, pero no pasivo, en la elección de los representantes en estos organismos³⁰⁴. Sin embargo, por nuestra parte consideramos que, a pesar de la expresión “los españoles” del art. 6 LOREG al que reenvía el art. 202 de la misma norma al tratar los requisitos para ser elegido diputado provincial, debe prevalecer el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en el ámbito local al menos para los ciudadanos europeos que se desprende del

³⁰³ La Junta Electoral Central, mediante acuerdo de 29/01/1997, confirma expresamente este extremo: “Esta Junta Electoral Central tiene reiteradamente acordado, conforme a lo previsto en la LOREG y antes, con arreglo a la Ley de Elecciones Locales, que la condición de vecino no es necesaria para ser candidato elegible en las elecciones municipales y obtener y desempeñar el cargo de Concejal”.

³⁰⁴ ROSA, F. Esteban de la; ob.cit., p. 162.

art.177 LOREG interpretado a la luz de la citada Directiva 94/80/CE.

Entrando ya en los requisitos específicos para que los extranjeros puedan ejercer el derecho de sufragio en los procesos electorales en los que ello es posible (locales y europeos), el primero que hay que destacar es la exigencia de residencia legal. El art. 6 LO 4/2000 y los arts. 176, 177, 210 y 210 bis explicitan este condicionante.

Una cuestión directamente vinculada con lo anterior es dilucidar si simplemente se exige la residencia legal o se establece un periodo mínimo de residencia para poder ejercitar estos derechos. El art. 13.2 CE, la LO 4/2000 y la LOREG no establecen nada al respecto, remitiéndose a lo dispuesto por los Tratados o las leyes que reconozcan directamente el ejercicio del derecho de sufragio a los extranjeros. Más arriba se ha indicado que hasta el momento se ha utilizado la vía de los tratados para este reconocimiento, y es en cada uno de ellos donde se establece la necesidad o no de un plazo mínimo de residencia, y en su caso, la duración del mismo. Como consecuencia de este reenvío a los tratados, en la actualidad nos encontramos con una diversidad de situaciones respecto a este requisito:

- 1) Los ciudadanos europeos no necesitan ningún periodo de residencia mínimo³⁰⁵.
- 2) Los ciudadanos noruegos: 3 años³⁰⁶.
- 3) Los nacionales de Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú Trinidad y Tobago: 5 años³⁰⁷.

Alguna opinión doctrinal sostiene que no es discriminatorio que a los ciudadanos de la UE no se les exija tiempo mínimo de residencia y al resto de extranjeros con derechos de sufragio reconocido sí, pero

³⁰⁵ Tratado de Maastricht y Directivas 93/109/CE y 94/80/CE, en el bien entendido de que en España no se producen ninguno de los supuestos excepcionales contemplados en las directivas que permitirían establecer una residencia mínima.

³⁰⁶ Canje de Notas (BOE de 27 de junio de 1991).

³⁰⁷ Canjes de Notas publicados en el BOE entre 2010 y 2011.

que sería discriminatorio establecer distintos plazos para las distintas nacionalidades de países que no sean miembros de la UE³⁰⁸. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, no existen razones jurídicas que permitan justificar la existencia de discriminación en un supuesto y no en el otro. Ya hemos señalado que ni la Constitución, ni la LO 4/2000 ni la LOREG establecen como requisito un periodo de residencia mínima. No existiendo obligación legal, el hecho de que se hayan suscrito tratados con diferentes exigencias en esta materia responde a criterios de oportunidad política. Nada hubiera impedido al Gobierno y a las Cortes de turno haber impulsado y autorizado tratados que contemplaran las mismas condiciones previstas para los ciudadanos europeos respecto al ejercicio del derecho de sufragio municipal a los nacionales de países no miembros de la UE.

Se podría argumentar que la configuración legal de los derechos fundamentales de las personas extranjeras prevista por el art. 13.1 CE, y el citado reenvío a los tratados o la ley a la hora de regular sus limitados de derechos de sufragio que realiza el apartado segundo del mismo precepto, dan cobertura a esta desigualdad de trato. Y compartimos que efectivamente la citada regulación constitucional permite cierta discrecionalidad en este ámbito. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el principio de igualdad de trato formal reconocido en el art. 14 CE es uno de los derechos fundamentales que el Tribunal Constitucional considera especialmente vinculados a la dignidad humana (STC 137/2000, de 29 de mayo) y que por ende debe ser aplicado a las personas extranjeras en las mismas condiciones que a los nacionales españoles. De esta manera, a la hora de plantear un trato normativo distinto en una misma materia a personas extranjeras en base a su origen nacional se deberían aplicar los requisitos elaborados por la jurisprudencia constitucional³⁰⁹:

- 1) Desigualdad de supuestos de hecho.
- 2) Finalidad razonable (interdicción de la arbitrariedad).
- 3) Adecuación de los medios utilizados al fin (medida racional).

³⁰⁸ IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., pp. 62-63.

³⁰⁹ Entre otras, SSTC 216/1991, 253/2004 y 84/2008,

4) Medida proporcional.

Desde nuestra perspectiva, el trato diferenciado que nos ocupa tiene dificultades de encaje con estos requisitos dispuestos por el máximo intérprete constitucional, tal como se detallará más adelante.

A) Ciudadanos europeos:

En el resto de requisitos también es necesario distinguir entre ciudadanos europeos y nacionales de terceros países con derechos de sufragio reconocidos. Por una parte porque los primeros tienen derecho a participar en las elecciones europeas y, por otra, porque en los comicios municipales los ciudadanos europeos tienen reconocido el sufragio pasivo, derecho que no se ha extendido a día de hoy a ningún nacional de países no pertenecientes a la Unión.

Respecto a las elecciones europeas, el Tribunal Constitucional afirmó en la Declaración 1/1992 que es la Unión Europea la competente para determinar quién puede participar. Este presupuesto fue matizado por la citada sentencia del TJUE de 12/09/2006 en el caso C-145/04 (Reino de España vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), que admitía la posibilidad de que los Estados miembro UE permitan participar a residentes de terceros países en la elección de sus parlamentarios europeos.

Los parámetros generales de las elecciones europeas se establecen en la Directiva 93/109/CE, de 06/12/1993, traspuesta por los arts. 210 y 210 bis de la LOREG. El art. 210, que trata el sufragio activo, exige a los ciudadanos europeos el cumplimiento de los mismos requisitos que los españoles y simultáneamente los exigidos en su país de origen, se prohíbe votar en los mismos comicios en su país de origen y en España y por último que hayan comunicado previamente su intención de ejercer el sufragio activo en España. Respecto al sufragio pasivo, se reitera la doble exigencia de requisitos (los fijados por el ordenamiento español y los determinados por país de origen), incluyendo incompatibilidades y causas de inelegibilidad, salvo alguna excepción. Aunque no se señale

expresamente, se infiere que también no será posible presentarse como candidato en España y en el país del que es nacional en los mismos comicios europeos.

La exigencia de la manifestación previa de la voluntad de participar en los comicios es común para los ciudadanos europeos en las elecciones municipales y en las europeas. Este requisito puede justificarse en las elecciones europeas, debido a la interdicción de la “doble participación” en los mismos comicios, pero es poco sostenible en las locales, ya que se vio que la Directiva 80/94/CE no impide que un ciudadano europeo participe en los procesos municipales de sus Estados de origen y residencia³¹⁰. De hecho la señalada directiva sólo establecía este último requisito como opción, asumible o no libremente por cada Estado.

Para las elecciones municipales, los arts. 176.1 y 177.1 LOREG fijan las condiciones para el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo³¹¹ de los ciudadanos europeos, en unos términos equivalentes a los de las elecciones europeas, con la citada ausencia de la prohibición de participar simultáneamente en comicios locales en los países de origen y de residencia, esencialmente porque son procesos electorales distintos y por tanto no estaríamos ante un caso de duplicidad de voto. En su momento indicamos que el art. 5.3 de la Directiva 80/94/CE permitía a los países miembro limitar el sufragio pasivo en puestos como alcalde o teniente de alcalde, algo que en España no se ha llevado a cabo.

La inscripción en el censo electoral de los ciudadanos europeos es automática; en este sentido lo dispuesto en el art. 9.4 de la Directiva 93/109/CE determina que los electores nacionales de la UE deben permanecer inscritos en el censo electoral en las mismas condiciones que los españoles y el artículo 7.3 de la Directiva 94/80/CE dejaba a decisión de los Estados miembro que la inscripción en el censo electoral municipal fuera de oficio o a instancia de parte, optando España por

³¹⁰ En este sentido ver SANTOLAYA, Pablo y REVENGA, Miguel; Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio... cit., pp. 51-52.

³¹¹ El art. 187 bis) LOREG solicita una declaración formal del extranjero con derecho al voto local en la que indique nacionalidad, domicilio y que no está excluido del sufragio pasivo en país de origen (la Junta Electoral puede exigir un certificado administrativo de su país de origen que lo atestigüe).

la primera posibilidad. Lo anterior quedó plasmado en el Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero. Este reglamento fue modificado por el Real Decreto 147/1999, que incorporó la exigencia de manifestación de voluntad previa de participación contemplada en la LOREG tras la reforma operada por la LO 1/1997. Se habilita a la Oficina del Censo Electoral para requerir a los ciudadanos europeos que no hayan manifestado su voluntad que se pronuncie al respecto, entendiéndose que no desean participar si no responden en un plazo de 15 días.

Se puede plantear el interrogante de si se debe exigir una manifestación de voluntad específica para cada convocatoria electoral o si por el contrario una vez afirmada la intención de participar en unos comicios debería entenderse que esa voluntad se mantiene en los siguientes salvo pronunciamiento en contra del interesado³¹².

B) Nacionales de países no miembro de la UE.

Los arts. 210 y 210 bis) LOREG no reconocen la participación en las elecciones europeas (damos aquí por reproducidos los comentarios respecto a la posible ampliación de este derecho a nacionales de terceros países prevista por la jurisprudencia del TJUE).

Sin embargo, los arts. 176 y 177 LOREG sí establecen la posibilidad de que estas personas extranjeras participen en los comicios municipales. Respecto a los requisitos exigibles, la LOREG reenvía a las condiciones que establezca el tratado bajo el criterio de reciprocidad que reconozca a las personas extranjeras de que se traten sus derechos electorales en el ámbito municipal³¹³.

Consideramos relevante que la LOREG haga referencia expresa al derecho de sufragio pasivo de las personas extranjeras que no son ciudadanas europeas. Aunque esta opción tiene cobertura constitucional a través del art. 13.2 CE, ninguno de los tratados concluidos hasta el

³¹² Esteban de la Rosa se inclina por la segunda opción. Ver en ROSA, F. Esteban de la; ob.cit., p. 167.

³¹³ Ya se ha hecho referencia a que la omisión de la posibilidad de la extensión del derecho de sufragio municipal por la “vía legal” en la LOREG ha suscitado distintas interpretaciones doctrinales.

momento permiten a los nacionales de terceros países presentarse como candidatos en las elecciones locales. Consideramos que el reconocimiento explícito por parte de la LOREG remarca que esta situación se ha producido exclusivamente por razones de política legislativa, no porque existan obstáculos de carácter jurídico más allá del respecto del criterio de reciprocidad.

Sin perjuicio de un posterior análisis más detallado, los tratados bajo el criterio de reciprocidad vigentes actualmente establecen las siguientes condiciones comunes para la participación de nacionales de terceros países en las elecciones locales:

- 1) Sólo se reconoce el sufragio activo.
- 2) Se exige estar en situación de residencia legal.
- 3) Exigencia de un periodo de residencia previo ininterrumpido.
- 4) Es necesario estar empadronado en el municipio donde se desee ejercer el derecho de voto.
- 5) Inscripción en el censo electoral a instancia del interesado.

El Real Decreto 202/1995, de 10 de febrero, dispuso la creación del censo electoral de extranjeros residentes en España no comunitarios con derecho a participar en las elecciones municipales, donde ya se establecían los requisitos administrativos que se han reiterado en los posteriores tratados (principalmente la inscripción a instancia de parte) y que se han ido concretando en sucesivas órdenes ministeriales.

Por último, se podría plantear la posibilidad de establecer otros requisitos a las personas extranjeras con derecho de sufragio reconocido en España además de los señalados. Respecto a los ciudadanos europeos, hay que señalar que en la Directiva 80/94/CE se veta expresamente la imposición de requisitos electorales extra respecto a los nacionales del Estado miembro en el que residan. Sin embargo, tanto en esta misma directiva como en la Directiva 93/109/CE hemos comprobado que se permite limitar el sufragio pasivo municipal (exclusión de puestos como alcalde o teniente de alcalde), exigir periodos mínimos de residencia

en el caso de que la población de ciudadanos europeos no nacionales supere determinados porcentajes o incluir exigencias específicas a la hora de registrarse en el censo electoral (manifestación de voluntad de participación, por ejemplo). En lo que respecta a los nacionales de terceros países, se ha constatado que las exigencias “extra” son una realidad, por lo que en un principio sería factible dicha posibilidad.

Algunos autores consideran por el contrario que existirían problemas jurídicos a la hora de establecer algunos de los requisitos adicionales que mayoritariamente se proponen cuando se trata esta materia³¹⁴. Por una parte, consideran que exigir en España el conocimiento de una lengua co-oficial (catalán, gallego o euskera) para participar en las elecciones en algunas CCAA presenta dificultades, ya que se pondría en peligro la unidad del sistema electoral español. Por otra parte, respecto a la posibilidad de exigir el conocimiento del castellano distinguen entre ciudadanos europeos y nacionales de terceros países: para los primeros indican que el requisito podría ser discriminatorio, ya que no se le exige a los españoles (a pesar de lo dispuesto por el art.3.1 CE); pero consideran que a los extranjeros ajenos a la UE sí sería viable exigirles el dominio del castellano sin incurrir en discriminación, ya que no estarían bajo el “paraguas” de la ciudadanía europea. Por último ven en la exigencia de “buena conducta” o “lealtad constitucional”, una vulneración de la exigencia de sufragio universal, igual y directo previsto del art. 140 CE para las elecciones municipales.

Compartimos el fondo “político” de la mayoría de estas precisiones³¹⁵, aunque sin embargo no consideramos tan inviable la posibilidad de establecer en el futuro posibles requisitos adicionales para el ejercicio del derecho de sufragio para los extranjeros que lo tienen reconocido en España. Lo anterior tiene su fundamento en que se debe partir de la base

³¹⁴ Ver en IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., pp. 79- 81.

³¹⁵ Salvo la distinción que se hace entre ciudadanos UE y no UE respecto a una posible exigencia del conocimiento del castellano para el ejercicio del derecho del sufragio. Bajo nuestro punto de vista, la DTC 1/1992 consideró el Tratado de Maastricht, en este punto específico, como un tratado bajo el criterio de reciprocidad sometido a las mismas condiciones que el alcanzado previamente con Noruega o los posteriores que se están concluyendo en la actualidad. Es decir, que respecto al derecho de sufragio municipal el concepto “ciudadanía europea” no supone un “plus protector” en comparación con los casos en que el ejercicio de este derecho haya sido reconocido por un instrumento internacional ajeno a la Unión Europea.

de que los derechos reconocidos en el binomio art. 13.2 / art. 23 CE no están incluidos dentro de los que, según la jurisprudencia constitucional, tienen una especial vinculación con la dignidad humana y por lo tanto son susceptibles de ser afectados por la configuración legal a la hora de determinar su titularidad y ejercicio por los extranjeros. Los límites para establecer exigencias a los residentes extranjeros en este ámbito estarían fijados por los términos del tratado internacional que les reconozca el derecho y, por supuesto, por las prevenciones fijadas por el Tribunal Constitucional para la interdicción de la arbitrariedad y el trato desigual no justificado.

II.3) PROPUESTAS PARLAMENTARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL ACCESO AL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS Y EL INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO DE 24 DE FEBRERO DE 2009.

II.3.a) Proposiciones no de ley.

En los últimos años han surgido diversas iniciativas en el seno del Congreso que intentan avanzar en el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros residentes en España. Por una parte, entre los años 2002 y 2008 se sucedieron diversas proposiciones no de ley, en las que se instaba al Gobierno a impulsar las medidas oportunas para impulsar dicho reconocimiento³¹⁶. Por otra, incluso se han presentado proposiciones de ley orgánica donde se señalan modificaciones legislativas concretas necesarias para superar el actual marco jurídico-político en el que se sitúa la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio por parte de los extranjeros en España, en su condición de derecho político por excelencia³¹⁷.

Aunque estas iniciativas parlamentarias no han supuesto ningún avance material en el reconocimiento de los derechos de participación política de los extranjeros en España, consideramos de interés

³¹⁶ Proposición no de ley presentada por IU el 26/11/2002 (Boletín Oficial de las Cortes Generales nº448 de 29/11/2002), proposición no de ley presentada por IU-ICV el 20/05/2004 (BOCG Nº24 de 24/05/2004), proposición no de ley presentada por IU-ICV el 21/02/2006 (BOCG nº345 de 02/03/2006), proposición no de ley presentada por PSOE e IU-ICV el 10/07/2006 (BOCG nº428 de 11/09/2006) y proposición no de ley presentada por ERC e IU-ICV el 03/07/2008 (BOCG nº54 de 18/07/2008).

³¹⁷ Proposición de Ley Orgánica 122/000169 para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España. Presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde / Izquierda Unida / Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG nº 207 de 07/10/2005) y Proposición de Ley Orgánica 122/000048 para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana / Izquierda Unida / Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG nº 62 de 22/04/2008).

detenernos brevemente en su contenido sustantivo y en su recorrido en sede parlamentaria. En el siguiente cuadro se exponen los datos más relevantes de las proposiciones no de ley aludidas:

Grupo parlamentario que presenta	Año	Contenido esencial	Resultado parlamentario
Izquierda Unida	2002	“...insta al Gobierno a promover los cambios legales necesarios para garantizar el derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes con residencia legal en España, en una primera fase, en las elecciones municipales y autonómicas...”	Caducada
Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds	2004	“... insta al Gobierno a llevar a cabo las modificaciones normativas necesarias para posibilitar el derecho de voto para todas las personas inmigrantes en todas las elecciones a partir de un mínimo de permanencia de un año para el caso de las municipales y de tres años para el resto...».	Rechazada
Izquierda Verde- Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds	2006	«... acuerda estudiar en el seno de la Comisión Constitucional las medidas necesarias para favorecer la integración social de los inmigrantes residentes de larga duración, en el ámbito de la participación política, previo consenso con todos los grupos parlamentarios, y el diálogo con las Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales y asociaciones de inmigrantes...insta al Gobierno a avanzar, atendiendo a criterios de reciprocidad, en el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en España en los términos que establece el artículo 13.2 de la Constitución...»	Aprobada a través de enmienda de sustitución.

Socialista + Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds	2006	<p>“...insta al gobierno a</p> <p>1) Proceder a la negociación y firma de acuerdos o convenios con los países con mayor número de nacionales residentes legales en España y, especialmente, con aquellos con los que ésta tiene relaciones históricas, políticas y culturales más estrechas, al objeto de que dichos nacionales puedan votar y ser elegidos en las elecciones municipales en España con arreglo al artículo 13.2 de la Constitución.</p> <p>2) Solicitar del Consejo de Estado un informe sobre la aplicación del artículo 13.2 de la Constitución a los efectos de la participación de los extranjeros residentes en España en las elecciones municipales y, particularmente, sobre la interpretación de los términos “criterios de reciprocidad” a que se refiere el precepto citado.</p> <p>3) La firma y ratificación del Convenio europeo sobre participación de los extranjeros en la vida pública local, de 5 de febrero de 1992...»</p>	Caducada
Esquerra Republicana- Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds	2008	Reitera literalmente la proposición no de ley anterior del año 2006 que finalmente caducó.	Caducada

Es destacable que de las cinco proposiciones no de ley tan sólo las dos primeras (años 2002 y 2004) incluían propuestas que suponían un avance respecto al “status quo” vigente, ya que planteaban ampliar el campo de participación política de los extranjeros residentes más allá del ámbito municipal y romper con la exigencia de la reciprocidad al referirse a “... *los inmigrantes con residencia legal en España...*” y a “...*todas las personas inmigrantes en todas las elecciones...*” sin mayores precisiones. Una de ellas caducó sin una decisión parlamentaria expresa sobre la misma y la otra fue directamente rechazada.

La única de las proposiciones aprobada a día de hoy (la impulsada por el grupo parlamentario de Izquierda Verde- Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en el mes de marzo de 2006 y asumida a través de enmienda de sustitución) no contempla ninguna novedad significativa.

En primer lugar por el escaso compromiso político que implica: “... *acuerda estudiar en el seno de la Comisión Constitucional las medidas necesarias... previo consenso con todos los grupos parlamentarios...*”. Y en segundo lugar porque el marco normativo que propone es exactamente el mismo que rige a día de hoy: “...*insta al Gobierno a avanzar, atendiendo a criterios de reciprocidad... en los términos que establece el artículo 13.2 de la Constitución...*”.

Respecto a la 2ª proposición no de ley de 2006 (caducada) y a la propuesta en el año 2008 que reitera la anterior punto por punto (también caducada) hay que analizar dos cuestiones de interés. No apuestan por ninguna ruptura radical, ya que lo primero previsto en ellas es instar al Gobierno a la firma de tratados internacionales de reconocimiento de derechos de participación política en el ámbito municipal bajo el criterio de la reciprocidad, priorizando aquellos países con especiales relaciones históricas con España. Sin embargo, sí empiezan a cuestionar que el concepto “criterios de reciprocidad” que contempla el art. 13.2 CE puede suponer un obstáculo para avanzar realmente en el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros residentes, por lo que interesan que se solicite al Consejo de Estado un informe que coadyuve a fijar el verdadero alcance del mismo.

En esta dirección política se encuadran los nuevos tratados bajo el criterio de reciprocidad que se han suscrito desde el año 2009, aunque ciertamente varios de los países con los que se han concluido no se pueden considerar bajo ninguna perspectiva incluidos entre aquéllos que tienen “especiales relaciones históricas con España”.

Para cerrar el comentario sobre estas últimas proposiciones no de ley es necesario centrar nuestra atención en la tercera recomendación que realizan ambas proposiciones al Gobierno: “...*La firma y ratificación del Convenio europeo sobre participación de los extranjeros en la vida pública local, de 5 de febrero de 1992...*”. Nos parece relevante esta propuesta porque compartimos la opinión de algunos autores respecto a que la firma y ratificación de este tratado por España obligaría a la reforma del art. 13.2

CE, como ocurrió con el Tratado de Maastricht³¹⁸. Prevé la participación activa y pasiva de extranjeros nacionales de países no miembros de la Unión en las elecciones municipales tras 5 años de residencia sin la necesidad de respetar el principio de reciprocidad, algo que chocaría con la actual redacción del art. 13.2 CE. Por lo expuesto, bajo nuestro punto de vista entrarían en contradicción la primera recomendación de las proposiciones no de ley señaladas de profundizar en la vía de los tratados internacionales respetando el criterio de reciprocidad con esta tercera de firmar y ratificar el Convenio europeo sobre participación de los extranjeros en la vida pública local.

II.3.b) Proposiciones de ley orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros en España.

Se ha señalado que en las dos últimas legislaturas (en los años 2005 y 2008) se han presentado sendas proposiciones de ley orgánica que proponen modificaciones legislativas que impulsen el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros en España. La primera fue presentada por el grupo parlamentario de IV-IU-ICV y la segunda por el de ERC-IU-ICV, aunque en realidad podría considerarse de que se trata de una sola proposición, ya que la de 2008 se limita a reproducir literalmente la de 2005 tras su caducidad en la tramitación parlamentaria. La segunda proposición de ley orgánica igualmente ha caducado oficialmente el pasado 28 de octubre de 2011. Las proposiciones contienen pronunciamientos de interés, pero a nuestro juicio también incurren en serias contradicciones.

En sus exposiciones de motivos apuestan por un concepto de ciudadanía bastante avanzado e incluyente respecto a los residentes extranjeros, ya que afirman que

“El reconocimiento de los derechos de ciudadanía es un elemento básico en la integración de los inmigrantes... Sólo con el pleno reconocimiento

³¹⁸ En este sentido RUBIO, Ana y MOYA, Mercedes; ob.cit., pp. 113 y ss. y SOLANES CORELLA, Ángeles; “La participación política de las personas inmigrantes: Cuestiones para el debate”. Revista Derechos y Libertades N°18. Época II. 2008, p.86.

de los derechos políticos se logrará la incorporación de los extranjeros a la sociedad como miembros de pleno derecho... Permitir a los inmigrantes el voto es coherente con la propia democracia que aboga por la igualdad y el respeto..."

Los grupos parlamentarios que impulsan las proposiciones realizan en la citada exposición de motivos un diagnóstico muy concreto de dónde reside la principal dificultad para la consecución del objetivo de avanzar en el reconocimiento de la dimensión política de las personas extranjeras en España, y de cuáles serían las medidas legislativas necesarias para su corrección:

"El mayor obstáculo para que los inmigrantes puedan acceder al sufragio es la exigencia constitucional de la reciprocidad... La opción de voto para los extranjeros en España implica una modificación legislativa y constitucional importante, aunque no por ello imposible, y sí muy lógica. El principal cambio se centra sobre la Constitución de 1978".

En un principio, de la lectura de esas afirmaciones parece desprenderse que se opta por la supresión del criterio de reciprocidad a través de una necesaria reforma del art. 13.2 CE. Sin embargo, en su contenido sustantivo estas iniciativas se limitan a proponer reformas en la LO 4/2000 (art. 6) y LOREG (arts. 2, 176, 177, 210 y 210 bis) con las que se eliminara directamente la exigencia de reciprocidad, lo que, teniendo en cuenta lo que ellos mismos reconocen en las exposiciones de motivos, no sería posible sin una previa modificación del art.13.2 CE.

Para añadir una mayor confusión, las proposiciones incluyen una disposición adicional donde se insta al Gobierno a suscribir tratados internacionales de reconocimiento del derecho de sufragio con *"el máximo número de Estados"* posible.

Por lo expuesto, consideramos positivas las iniciativas desde la perspectiva de posicionamiento político favorable a un concepto de ciudadanía más inclusivo y a situar dentro de la normalidad jurídica e institucional la posibilidad de afrontar una reforma del texto constitucional. Por el contrario, su confuso y contradictorio contenido sustantivo no aporta

desde nuestra perspectiva herramientas técnico-jurídicas novedosas para la materia que nos ocupa.

II.3.c) Informe del Consejo de Estado sobre “Propuestas de modificación del régimen electoral general”, de 24 de febrero de 2009.

En repuesta a la solicitud de pronunciamiento contenida en las proposiciones no de ley de 2006 y 2008, el Consejo de Estado trata esta materia en el ya citado informe sobre “Propuestas de modificación del régimen electoral general”, de 24 de febrero de 2009, del que es pertinente resaltar algunas de las consideraciones que realiza.

En primer lugar, desde una perspectiva de “práctica política”, nos parece significativo el apunte que realiza el Consejo de Estado respecto a que, de los países con los que se están concluyendo tratados en estos últimos años, tan sólo Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia tienen unas colonias de nacionales en España destacadas. La incidencia de los nacionales de los otros Estados sobre el total de residentes extranjeros en territorio español oscila entre lo discreto (Chile o Paraguay) y lo anecdótico (Cabo Verde, Nueva Zelanda, Islandia o Corea del Sur).

El Consejo afirma que nos encontramos ante una “*progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía*” y “*con un derecho de sufragio que*” cada vez más “*se vincula a la residencia y no a la nacionalidad*”, lo que utiliza como argumento que justifica al mismo tiempo la extensión del derecho de sufragio municipal a residentes extranjeros en España como la limitación del mismo a los españoles residentes en el extranjero. Como hemos indicado, esto último ya se ha incorporado a la realidad normativa de nuestro país mediante la reforma de la LOREG operada por la LO 2/2011, de 28 de enero.

En el informe se realiza un completo análisis de la dimensión político-jurídica que se le debe otorgar a la exigencia de reciprocidad contenida en el art. 13.2 CE. Frente a una “*reciprocidad completa*” (que exigiría una estricta equivalencia entre las condiciones del ejercicio del derecho de

sufragio de los españoles en el país de que se trate y de los nacionales de éste en España), el Consejo de Estado defiende una “*reciprocidad general*” (que prioriza el hecho del reconocimiento mutuo de la titularidad del derecho de sufragio sobre las condiciones específicas de ejercicio)³¹⁹.

Continúa el Consejo afirmando que la Constitución permite la vía convencional y la legal para la extensión del derecho de sufragio a los residentes extranjeros y también analiza las ventajas y dificultades que llevan aparejada cada una de ellas. De la vía convencional destaca la mayor seguridad jurídica de la misma, pero también la desventaja que representa el hecho de que en última instancia todo depende de “*la concurrencia de voluntades soberanas de otros Estados*”. Por el contrario, destaca que la vía legislativa tiene “*una mayor virtualidad expansiva del derecho de sufragio*” y “*una mayor agilidad*”, aunque también “*supone una mayor complejidad*” la concreción de la exigencia del respeto a la exigencia de reciprocidad³²⁰. El informe parece más proclive a la vía legislativa, que sería la que debería establecer los criterios básicos de reciprocidad (de tipo “general”, no “completo”), siendo el Gobierno el responsable de valorar si en cada caso concreto se cumplen estos requisitos

Ya en sus conclusiones sobre esta materia, el Consejo de Estado considera que una ampliación del reconocimiento de los derechos políticos “*limitado al derecho de sufragio activo es más coherente con un sistema jurídico como el español*”. Respecto a las condiciones subjetivas de dicha ampliación defiende que “*ha de limitarse a los extranjeros que sean residentes legales*”, y que considera oportuno la exigencia de un periodo mínimo previo de residencia ya que “*es consistente con la fundamentación de la extensión (en cuanto la vinculación efectiva con un municipio determinado aumenta progresivamente con la residencia)*”. Dentro del requisito del plazo de residencia mínimo considera adecuado establecer diferencias entre

³¹⁹ Esta mayor flexibilidad tiene por una parte el elemento positivo de eliminar trabas formales a la extensión de los derechos de participación política a las personas extranjeras en España; pero por otra tiene el peligro de que, en aras de la flexibilidad, se acabe otorgando cierto “*marchamo*” democrático a regímenes cuya situación jurídica e institucional en el reconocimiento y protección de los derechos y libertades generan cuanto menos serias dudas. Sobre este particular incidiremos más adelante.

³²⁰ Indica el informe que a través de la “vía legal” principalmente deberían ser modificados los arts. 6 LO 4/2000 y 176 LOREG.

nacionales de distintos Estados: de esta manera estaría justificado que a los ciudadanos europeos no se le exija plazo alguno y propone que a los países con especiales relaciones históricas con España se le exija un plazo de 2 años, plazo coincidente con el periodo de residencia que les exige el art. 22 del Código Civil a sus nacionales para la adquisición de la nacionalidad española.

II.4) UN ANÁLISIS DE LOS NUEVOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR ESPAÑA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO A RESIDENTES EXTRANJEROS NACIONALES DE DETERMINADOS PAÍSES.

Como hemos expuesto reiteradamente, el art. 13.2 CE determina que para extender la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito local a personas extranjeras en España es necesario que se apruebe una norma española que realice las modificaciones legales para ello o que se apruebe un tratado internacional con el país del que sean nacionales los extranjeros de que se trate, ambas posibilidades bajo el criterio de reciprocidad. También se ha adelantado que hasta el momento tan sólo se ha utilizado la vía convencional. En el proceso de suscripción de los tratados bajo el criterio de reciprocidad se pueden distinguir dos fases temporales diferenciadas: la primera se desarrolló entre finales de los años ochenta y mediados de los noventa y la segunda comenzó en 2009 y sigue activa en la actualidad. Ambas fases no sólo se distinguen por el momento en el que tienen lugar, sino también por los diversos resultados materiales que han tenido los instrumentos internacionales que se concluyeron en cada una de ellas.

II.4.a) Los primeros antecedentes: los tratados de los años ochenta y noventa.

En esta fase igualmente podemos diferenciar dos grupos de tratados: los que se firmaron con países europeos y los que se concluyeron con Estados de América Latina. Cada uno de los grupos tuvo unas características formales y materiales propias que analizamos en las siguientes líneas.

1) *Tratados con países europeos*: En concreto se formalizaron tratados con Holanda, Dinamarca, Suecia y Noruega³²¹.

En primer lugar hay que destacar que todos estos instrumentos adoptaron la forma de “canje de notas/cartas”, que como señalamos en su momento es el tipo de tratado que requiere un menor nivel de requisitos formales y que, tras algún debate doctrinal sobre el particular, se ha considerado como adecuado para convenios internacionales que traten sobre esta materia, con algunas precisiones que igualmente fueron detalladas anteriormente.

En cuanto a los requisitos exigidos y el alcance del reconocimiento del derecho de sufragio municipal los cuatro tratados son homogéneos: sólo reconocen el sufragio activo, exigen la residencia legal de los nacionales de estos países en España, un plazo mínimo de residencia ininterrumpida de 3 años, estar empadronados en el municipio donde deseen votar y darse de alta en el censo electoral a instancia de parte.

Hay que destacar que en el momento en que se formalizaron estos tratados (1989-1990) todavía no se había llevado a cabo la reforma del art. 13.2 CE, por lo que, aunque hubiera habido voluntad política de reconocer el sufragio pasivo a los nacionales de estos países, no hubiera sido posible porque la redacción del citado precepto constitucional lo impedía. En el caso de que estos tratados se hubieran suscrito con una fecha posterior a 1992 el reconocimiento del sufragio pasivo habría sido posible, ya que los ordenamientos jurídicos de los cuatro países permiten esta posibilidad desde hace décadas.

Además de la residencia legal, la condición básica necesaria que establecieron los tratados para el ejercicio del sufragio activo municipal

³²¹ Canje de Cartas y Anejos, constitutivo de Acuerdo entre España y Países Bajos, realizado en Madrid el 23 de febrero de 1989, reconociendo el derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales holandeses en España y a los españoles en Países Bajos (BOE 08/08/1990) / Intercambio de Cartas y Anejos, de 13 de julio de 1989, constitutivo de Acuerdo entre España y Dinamarca, reconociendo el derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales daneses en España y a los españoles en Dinamarca (BOE 30/11/1990) / Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre España y Suecia, reconociendo el derecho de sufragio activo en elecciones municipales a los nacionales suecos en España y a los españoles en Suecia, realizado en Madrid el 6 de febrero de 1990 (BOE 27/06/1991) / Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre España y Noruega, reconociendo el derecho de sufragio activo en elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega, realizado en Madrid el 6 de febrero de 1990 (BOE 27/06/1991).

de holandeses, daneses, noruegos y suecos es un plazo mínimo de residencia en España de 3 años. La justificación de que fuera este plazo el requerido y no otro parece basarse en que Dinamarca, Noruega y Suecia exigen precisamente ese periodo de residencia para el reconocimiento del derecho de sufragio municipal de los residentes extranjeros en sus respectivos territorios. Sin embargo, en Holanda se exige un plazo de 5 años, por lo que el canje de cartas que suscribió con España establecía lo que podría definirse como “reciprocidad asimétrica”: mientras que a los holandeses les bastaba con 3 años de residencia en España para poder votar en los comicios locales de nuestro país, los españoles debían alcanzar un periodo de residencia de 5 años. La anterior circunstancia viene a confirmar el principio de que el criterio reciprocidad no exige una identidad plena entre las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio entre los países de que se trate, lo que abre la posibilidad a la existencia de casos de “reciprocidad asimétrica”.

Por último, hay que señalar que la virtualidad práctica de estos tratados fue bastante escasa. A día de hoy tan sólo se mantiene en vigor el suscrito con Noruega, ya que al ser Dinamarca y Holanda miembros de la entonces Comunidad Europea, cuando en 1992 entró en vigor el Tratado de Maastricht³²² sus nacionales devinieron automáticamente ciudadanos UE y titulares de los derechos políticos vinculados a esta condición, por lo que los canjes de cartas formalizados con España en 1989 quedaron obsoletos. Lo mismo ocurrió con el ingreso de Suecia en la Unión Europea en 1995.

2) *Tratados con países de América Latina:* Entre 1988 y 1992 España formalizó Tratados Generales de Cooperación y Amistad con Argentina, Venezuela, Chile, Uruguay y Colombia³²³.

³²² El Tratado de Maastricht desde un punto de vista jurídico también cumple las funciones de instrumento internacional bajo el criterio de reciprocidad de reconocimiento mutuo del derecho de sufragio municipal entre los Estados miembro de la UE. Como por razones sistemáticas el tratado fue analizado con amplitud en los capítulos 2º y 3º de la presente tesis doctoral, damos aquí por reproducidas todas las consideraciones que sobre el mismo se hicieron en ellos.

³²³ Tratados generales de Cooperación y Amistad con Argentina (03/06/1988, BOE 28/08/1989), Venezuela (07/06/1990, BOE 16/07/1992), Chile (22/08/1991, BOE 17/09/1991), Uruguay (23/07/1992, BOE 02/06/1994) y Colombia (29/10/1992, BOE 01/08/1995).

A diferencia de los instrumentos internacionales con países europeos analizados, éstos recibieron la denominación de “tratado”, mucho más formal que el “canje de cartas/notas”. Otro elemento diferenciador es que los tratados no se dirigían exclusivamente al reconocimiento mutuo de derechos políticos en el ámbito municipal entre España y estos países, sino que establecían un marco general de colaboración en materia económica, política, cultural, científica..., en el que como un elemento más se incluía la cuestión del derecho de sufragio en el ámbito municipal.

En lo que respecta a lo específico del reconocimiento del derecho de sufragio bajo el criterio de reciprocidad, los cinco tratados hacen referencia sólo al sufragio activo, lo que no podía ser de otra manera para España debido a que fueron suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del art. 13.2 CE. Los ordenamientos jurídicos de los países contraparte del Estado español en los instrumentos objeto de nuestra atención en este apartado igualmente excluyen la posibilidad del sufragio pasivo de extranjeros en sus comicios municipales, a excepción de dos provincias de la República de Argentina³²⁴.

En ninguno de los tratados se detalló los requisitos para que los nacionales de estos países pudieran ejercer el sufragio activo en las elecciones municipales españolas y para que los españoles hicieran lo propio en los comicios locales venezolanos, uruguayos... Los tratados con Argentina, Colombia, Uruguay y Venezuela se remitieron a un futuro acuerdo complementario donde se concretarían las condiciones de ejercicio del derecho que recíprocamente se reconocían estos Estados. Sin embargo, el art. 17 del tratado con Chile disponía que:

“Se concederá a los nacionales de ambos países el derecho de voto en las elecciones municipales del Estado en que residan y del que no sean nacionales, de conformidad con sus respectivas legislaciones”.

Argentinos, colombianos, uruguayos y venezolanos no tuvieron la oportunidad de acceder al derecho de sufragio municipal a través de estos tratados debido a que nunca se llegaron a celebrar los citados acuerdos

³²⁴ Ver en el capítulo tercero de esta tesis doctoral “Una aproximación a los derechos de participación política de los residentes extranjeros en el Derecho comparado...”

complementarios. De hecho, a día de hoy de estas nacionalidades tan sólo los colombianos han visto reconocido este derecho, pero mediante un nuevo “canje de notas” publicado en BOE en enero de 2010 que no guarda relación alguna con el Tratado General de Cooperación y Amistad de 1992.

El caso del tratado con Chile ha suscitado alguna opinión doctrinal en el sentido de que, al menos en un plano teórico, los chilenos vieron reconocido su sufragio activo en el ámbito municipal desde su entrada en vigor. Se considera que la expresión “*de conformidad con sus respectivas legislaciones*” del art. 17 del mismo determinaba que, para que fuera efectivo el mandato que contenía, se requerían tan sólo adaptaciones normativas “internas”. Dado que el ordenamiento jurídico chileno ya contenía las previsiones normativas necesarias para que los españoles participaran en las elecciones municipales de este país, estos autores piensan que hubiera sido viable que los residentes chilenos en España hubieran reclamado por vía administrativa y/o judicial que el Estado español llevara a cabo las modificaciones legislativas necesarias para que pudieran participar en la elecciones municipales españolas³²⁵. Aunque esta discusión ha dejado de tener virtualidad práctica desde que los chilenos vieron expresamente reconocido su derecho al voto en las elecciones municipales españolas tras la publicación en el BOE de un nuevo “canje de notas” entre Chile y España en febrero de 2010 que, como en el caso de Colombia, no tiene ninguna conexión político-jurídica con el Tratado General de Cooperación y Amistad de principios de los años noventa.

II.4.b) El nuevo proceso de suscripción de tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad.

Desde comienzos del año 2009, el Gobierno de España ha abierto un nuevo proceso de suscripción de instrumentos bilaterales de

³²⁵ En este sentido SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros...cit., pp. 32- 34 y DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; La integración política de los inmigrantes... cit., pp. 143 y 144.

Derecho Internacional bajo el principio de reciprocidad para ampliar la participación de residentes extranjeros en España en el ámbito electoral local. Esta iniciativa sigue la dirección política que interesaron algunas de las proposiciones no de ley que se han presentado en los últimos años en sede parlamentaria, el citado informe del Consejo de Estado de 24 de febrero de 2009 o incluso nuevos textos normativos como el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (Ley 40/2006, de 14 de diciembre)³²⁶. Hasta el momento, los resultados del proceso son los siguientes:

- Tratados firmados, autorizados en sede parlamentaria, publicados en el BOE y en vigor con Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Paraguay, Perú, Nueva Zelanda y Trinidad y Tobago³²⁷.

- Tratados firmados, enviados por el Consejo de Ministros a sede parlamentaria, y pendientes de publicación en el BOE, con Argentina y Uruguay³²⁸.

3) Tratados anunciados de forma indirecta en Consejo de Ministros, pero que aún no han sido firmados, con Burkina Faso y Venezuela³²⁹.

El perfil de la presente iniciativa de suscripción nuevos tratados es distinto al de los primeros antecedentes de los años ochenta y noventa. Hay que reconocer que en ella parece residir una voluntad política algo más firme de ampliar la participación electoral de los residentes extranjeros en el ámbito municipal que en aquellos convenios internacionales. La

³²⁶ El art. 4.2 de la Ley 40/2006 establece que “El Estado fomentará los tratados internacionales oportunos para que los residentes españoles en el exterior vean reconocido el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales de su lugar de residencia, bajo los criterios de reciprocidad que se establezcan en dichos tratados o en la ley...”.

³²⁷ Ecuador (BOE 05/01/2010), Colombia (21/01/2010), Nueva Zelanda (BOE 26/01/2010), Chile (BOE 09/02/2010), Perú (BOE 19/05/2010), Paraguay (BOE 21/06/2010), Islandia (BOE 16/12/2010), Bolivia (BOE 17/12/210), Cabo Verde (BOE 13/01/2011), Corea del Sur (BOE 06/07/2011) y Trinidad y Tobago (BOE 02/12/2011).

³²⁸ Los trámites parlamentarios respecto a los canjes de de Argentina y Uruguay han terminado caducando, por lo que deberán retomarse en la nueva legislatura si se desea que acaben entrando en vigor.

³²⁹ El 16 de enero de 2009 se realiza la primera referencia en Consejo de Ministros respecto al inicio de este proceso de suscripción de nuevos tratados. Aunque se daba cuenta de la firma de los canjes de notas con Colombia y Perú concretamente, también se anunciaba la intención del Gobierno de España de firmar instrumentos internacionales con otros 13 países más, entre en los que se encontraban Venezuela y Burkina Faso. http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2009/refc20090116.htm# Elecciones Municipales

anterior afirmación se puede apoyar en el número y diversidad de los países incluidos en el proceso, por una parte, y en el hecho de que la mayoría de los instrumentos suscritos ya están en vigor en la actualidad, por otra. Partiendo de este reconocimiento de sus elementos positivos, bajo nuestro punto de vista este proceso adolece de serias carencias si se aspira a que realice una aportación decisiva en la universalización del derecho de sufragio y en la construcción de una ciudadanía inclusiva en España; carencias que se han puesto de relieve en las recientes comicios municipales de mayo de 2011 y que analizaremos con detenimiento más adelante.

En cuanto la forma, todos los tratados suscritos han sido denominados como “canje de notas”, excepto el de Nueva Zelanda, que recibe el nombre de “acuerdo”, aunque en realidad este último lo que hace es remitirse a un posterior intercambio de documentos entre ambos países donde se especifican las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio municipal en cada uno de ellos, por lo que realmente sería un canje de notas “diferido”. Ya señalamos anteriormente que, de acuerdo con lo que el Consejo de Estado expuso en diversos dictámenes, todos los instrumentos internacionales vigentes hasta el momento han sido sometidos a autorización parlamentaria previamente a su publicación en el BOE y a que alcanzaran plena efectividad.

Tal como se adelantó, las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio municipal en España son comunes en todos los tratados, tanto los que están en vigor como los que se encuentran en tramitación parlamentaria:

- 1) Sólo se reconoce el sufragio activo.
- 2) Residencia legal.
- 3) Plazo de residencia mínimo de 5 años.
- 4) Inscripción en el Padrón del municipio donde se pretenda ejercer el derecho de voto.

5) Inscripción en el censo electoral a instancia de parte³³⁰.

Diversos comentarios se pueden realizar respecto a estos requisitos. En primer lugar, el hecho de que sólo se reconozca el sufragio activo en algunos casos podría entenderse en un principio como una situación obligada por el principio de reciprocidad, ya que varios países con los que se han suscrito los tratados no prevén la posibilidad de que un extranjero pueda presentarse como candidato en sus elecciones municipales. Sin embargo, en otros supuestos sí que la contraparte reconoce en su ordenamiento jurídico el sufragio pasivo para residentes extranjeros, constituyendo la restricción al sufragio activo por parte de España una decisión estrictamente política, provocando casos de los que hemos definido como “reciprocidad asimétrica”. De esta manera, dentro de los tratados que estamos analizando podemos distinguir³³¹:

- 1) *Tratados con “reciprocidad simétrica” respecto al no reconocimiento del sufragio pasivo:* Bolivia, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda, Trinidad y Tobago y Uruguay (en todos estos Estados no se reconoce el sufragio pasivo para extranjeros en los comicios municipales).
- 2) *Tratados con “reciprocidad asimétrica” respecto al no reconocimiento del sufragio pasivo:* Argentina (en algunas provincias), Cabo Verde, Paraguay y Perú. En este grupo también hay que incluir a Noruega. Todos ellos reconocen de forma plena o con algunas restricciones el sufragio pasivo municipal para los extranjeros en general y para los españoles en particular. Por lo tanto, los nacionales españoles tienen más derechos de participación política en estos países que sus nacionales en España por una decisión política, ya que tras la reforma del art. 13.2 CE hubiera

³³⁰ Todos los canjes de notas afirman respecto a la inscripción en el censo electoral de los residentes extranjeros a los que se le reconoce el derecho de sufragio que “el plazo de presentación se fijará para cada elección municipal”, de lo que parece inferirse que éstos deberán inscribirse en el mismo en cada uno los procesos electorales, no entendiéndose que se mantiene la voluntad de participar de una elección a otra si no se manifiesta lo contrario.

³³¹ No incluimos referencias a Burkina Faso y Venezuela debido a que no se ha hecho público el contenido de los instrumentos internacionales bajo el criterio de reciprocidad que eventualmente pudieran concluirse entre España y estos países.

sido totalmente factible haber incluido en estos tratados el reconocimiento recíproco del citado sufragio pasivo municipal.

La exigencia de residencia legal es común en todos los países parte de estos tratados. Donde existen diferencias es en el plazo mínimo de residencia exigido:

- 1) *Reciprocidad “simétrica” respecto al plazo mínimo de residencia requerido:* Chile, Colombia, Ecuador, Islandia y Trinidad y Tobago (5 años). También con Noruega, ya que el tratado que se suscribió con este país en 1990 exigía 3 años, plazo contemplado en la legislación noruega para los extranjeros que no sean nacionales del resto de países nórdicos. Ya hemos afirmado que, bajo nuestro punto de vista, España no estaba obligada jurídicamente a respetar esta simetría en el plazo de residencia. Basamos la anterior afirmación en el hecho de que ni el art. 13.2 CE, ni la LO 4/2000, ni la LOREG establecen ningún plazo mínimo para que los residentes extranjeros puedan ejercer el sufragio activo municipal en España, por una parte, y en la asentada interpretación de que no debe concurrir una identidad exacta de requisitos para que pueda considerarse que se respeta el criterio de reciprocidad, por otra. Por lo tanto, aunque se puede asumir que bajo la lógica de la reciprocidad no se debe reconocer el sufragio pasivo en España a extranjeros cuyos países de origen no se lo reconocen a los españoles, parece que los mismos argumentos no serían aplicables para que sea obligatoria optar por el requisito más estricto en lo que concierne al plazo de residencia. En conclusión, el Estado español jurídicamente podría no haber exigido plazo mínimo alguno o uno inferior a los nacionales de estos países, aunque a los españoles se les exigiera esos 3 ó 5 años, sin vulnerar el criterio de reciprocidad no interpretado en un sentido estricto. Y de esta posibilidad da fe la circunstancia de que esta situación ya se produjo en el tratado suscrito con Países Bajos en 1989, además de la existencia de los supuestos de asimetría que a continuación pasamos a relacionar, aunque con la diferencia de que en estos casos dicha asimetría beneficia a los nacionales españoles residentes en los países contraparte en esos tratados.

2) *Reciprocidad “asimétrica” respecto al plazo mínimo de residencia requerido*: Bolivia y Perú exigen 2 años, Cabo Verde y Corea del Sur 3 años. Paraguay establece como requisito que el extranjero acceda a la situación de “radicación definitiva”, para lo que no necesita plazo mínimo de residencia, mientras que Nueva Zelanda determina que los extranjeros deben ostentar la condición de “residente permanente”, para la que tampoco es necesario plazo mínimo (aunque el Gobierno neozelandés tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de conceder este status)³³². Por lo expuesto anteriormente, no existía impedimento normativo para que España hubiera adaptado cada uno de los tratados al periodo de residencia exigido por cada contraparte, en vez de establecer un requisito estándar para todos los tratados que ha suscrito.

Por último, también existe asimetría entre España y los países con los que ha suscrito tratados bajo el criterio de reciprocidad en los que se reconoce a los extranjeros derechos políticos en ámbitos territoriales superiores al municipal, como es el caso de Chile, Ecuador y Nueva Zelanda, países que reconocen el derecho de sufragio a los extranjeros en el ámbito nacional³³³. En este caso sí que existe una justificación de carácter constitucional-legal, ya que el ordenamiento español vigente restringe la intervención política de los residentes extranjeros al nivel local.

En cuanto al resto de requisitos (inscripción en el padrón del municipio en cuyos comicios locales se pretenda participar y alta en el censo electoral a instancia de parte)³³⁴, tienen una configuración diversa en

³³² En este ámbito, los casos de Uruguay y Argentina tienen unas características específicas que dificultan la reciprocidad, y de hecho ambos tratados se encuentran paralizados en su tramitación parlamentaria. En Uruguay se exige un plazo mínimo de residencia de 15 años con unos requisitos adicionales que podrían calificarse casi de pintorescos, mientras que en Argentina ya hemos señalado que algunas provincias reconocen el derecho de sufragio municipal y otras no, y además las provincias que lo reconocen establecen requisitos de ejercicio diversos.

³³³ En Uruguay también se reconoce el derecho de sufragio nacional y alguna provincia de Argentina abre la participación a los extranjeros en el nivel provincial, pero con las peculiaridades descritas.

³³⁴ Damos por reproducidas aquí todas las precisiones que hicimos respecto a estos requisitos en el apartado específico dedicado a ellos.

cada uno de los países contraparte de los canjes de notas suscritos. Dado el perfil eminentemente administrativo de los mismos, consideramos que las diferencias que puedan existir en este terreno son perfectamente asumibles desde una perspectiva no estricta del criterio de reciprocidad. Una cuestión distinta es el impacto material sobre la participación real de los residentes extranjeros que tiene optar por unos requisitos administrativos u otros, especialmente el de inscripción de oficio o a instancia de parte en el censo electoral, elemento que será objeto de nuestra atención más adelante.

Cerramos este apartado señalando que la opción del Estado español de avanzar en el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros en España por la vía convencional bajo el criterio de reciprocidad, a pesar de sus efectos parciales positivos ya reconocidos, tiene una consecuencia directa: que en un horizonte a largo plazo, que incluso podría devenir en una situación definitiva, se consolida la existencia de distintas clases de personas extranjeras a las que se le asignan igualmente distintos niveles de derechos de participación por razones más de oportunidad política que estrictamente jurídicas.

Dejando a un lado a las personas en situación documental irregular, y centrándonos en el derecho de sufragio, reiteramos que en estos momentos nos encontramos a residentes extranjeros que pueden ejercer el sufragio activo y pasivo en elecciones europeas y municipales sin plazo mínimo de residencia (ciudadanos europeos), otros que tienen reconocidos el sufragio activo en comicios municipales tras un periodo de residencia en España (nacionales de países con un tratado en vigor con en el Estado español bajo el criterio de reciprocidad) y por último residentes extranjeros que no tienen reconocido ningún tipo de derecho electoral (nacionales de países que no tienen suscritos tratados del perfil descrito con España). Dibujando una situación aún más compleja, dentro del segundo grupo a algunos se les exige un plazo de residencia inferior al resto (3 años a los noruegos, frente al plazo de 5 que se ha generalizado en el último proceso de formalización de tratados), con las implicaciones respecto al respeto al principio de igualdad ya expuestas, y también existen las situaciones de reciprocidad simétrica o asimétrica dependiendo del país de que se trate.

Por lo expuesto, consideramos que este mosaico de status de los residentes extranjeros frente al derecho de sufragio puede ser superado y armonizado si se parte de una verdadera voluntad política de reconocer la “dimensión ciudadana” de los residentes extranjeros. Contando con esa voluntad, se dispone de un amplio abanico de herramientas jurídicas, desde las más conservadoras (respetando el actual marco constitucional presidido por la reciprocidad) hasta las más decididas (las que implican la reforma de dicho marco), que permiten progresar de una manera más razonable que la actual en la consecución del objetivo señalado.

III) LOS RESIDENTES EXTRANJEROS EN EL SISTEMA DE PARTIDOS ESPAÑOL.

El sistema político que surgió en España de la transición y del texto constitucional de 1978 otorgó un papel de elemento básico a los partidos. Éstos se constituyen como los principales actores en el juego político y en el vehículo casi hegemónico para la participación en los asuntos públicos. Por lo tanto, en un análisis de la dimensión política de las personas extranjeras en el Estado español es imprescindible indagar cual es su posición jurídica respecto a estas organizaciones clave para el ejercicio de los derechos democráticos en nuestro país.

La Constitución española no hace una precisión específica sobre la titularidad y ejercicio de los derechos de creación y afiliación a los partidos políticos³³⁵. El art. 6 CE sí establece la función “estructural” que se le asigna a los partidos en el sistema político-institucional español (expresar *el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política*), que “*su creación y el ejercicio de su actividad son libres*” y que “*su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*”. Aunque de la utilización de la expresión “creación libre” puede inferirse una voluntad expansiva en la titularidad y ejercicio del derecho, parece claro que la intención del constituyente era esencialmente reforzar la posición de estas entidades ante la reciente historia de represión y control de las mismas, sin que la posibilidad de su extensión a los residentes extranjeros figurara entre sus prioridades. Será la configuración legal del mismo la que puntualice este extremo.

En este sentido, es de interés fijar previamente si el derecho de crear partidos políticos tiene una entidad propia y autónoma o sin embargo

³³⁵ Es significativo que los arts. 23.4 DUDH, 22 PIDCP o 11 CEDH reconocen específicamente a toda persona el derecho a fundar sindicatos, además del genérico derecho de asociación, pero nada dicen sobre la creación de partidos políticos.

se puede considerar una “especificidad” del derecho de asociación. La jurisprudencia constitucional opta por la segunda posibilidad (STC 85/1986, de 25 de junio). El Tribunal Constitucional señala que tanto partidos como sindicatos no dejan de tener naturaleza jurídica de asociaciones, aunque las funciones que se le otorgan demandan una regulación diferenciada del resto de personas jurídicas de este tipo. Esta afirmación de la “naturaleza asociativa” de los partidos ha llevado a algunos autores a defender la extensión del derecho a crear partidos políticos a los extranjeros de la misma manera que pueden crear asociaciones³³⁶, señalando que este posicionamiento se ve reforzado por el propio reconocimiento del sufragio pasivo de los extranjeros en el ámbito municipal por el art. 13.2 CE. Consideran que la prohibición de crear partidos políticos limita el contenido del derecho de asociación y de participación política³³⁷.

A pesar de la citada opción de la jurisprudencia constitucional por afirmar que los partidos políticos comparten naturaleza jurídica con el resto de asociaciones, la titularidad y ejercicio del derecho de creación de partidos ha tenido un desarrollo legal distinto al de las asociaciones en general. Por el contrario, en la materia que nos ocupa, la afiliación a los partidos si ha recibido un tratamiento normativo similar al de las otras asociaciones.

Respecto al derecho de afiliación, la preconstitucional Ley 21/1976 de asociaciones políticas en su art. 3.2 e) reservaba a los españoles el derecho de afiliación a dichas asociaciones, precepto que mantuvo vigente la Ley 54/1978 de partidos políticos y que no fue expresamente derogado hasta la LO 6/2002. El art. 8.1 de esta última ya no hace distinción respecto a la nacionalidad para la afiliación en los partidos políticos. Algunos autores consideran que era obligado el reconocimiento del derecho de afiliación a los partidos políticos a los extranjeros en

³³⁶ En este punto es necesario recordar que los arts. 3 de la LODA 1/2002 y 8 de la LO 4/2000 (en la redacción dada por la LO 2/2009 como consecuencia de la STC 236/2007) reconocen el derecho de crear asociaciones y de pertenecer a las mismas a los extranjeros en España, incluso a aquéllos que se encuentran en situación documental irregular.

³³⁷ Ver en DíEZ BUESO, Laura; “La incorporación política de los inmigrantes en el ordenamiento jurídico español”. Revista Derechos y Libertades. Nº18. Época II. 2008, pp. 137-138.

España tras haberle sido reconocido algún grado de participación política por el art. 13.2 CE, ya que los partidos políticos son instrumentos fundamentales de esa participación³³⁸.

En lo concerniente a la exigencia de situación documental regular a los extranjeros para afiliarse a un partido, teniendo en cuenta lo dispuesto por el actual art. 8 LO 4/2000 y el art. 3 de la LO 1/2002 para el derecho de asociación en general, y el art. 8.1 LO 6/2002 para los partidos políticos en particular, debe considerarse que los extranjeros tienen el derecho de afiliación a partidos políticos independientemente de su situación administrativa. Lo anterior porque ya se ha indicado que los dos primeros abren esta posibilidad a “todos los extranjeros”, tal como confirma la jurisprudencia constitucional y, no estableciendo específicamente lo contrario la normativa sobre partidos, consideramos que quedaría vetada una interpretación restrictiva de la titularidad de este derecho por los extranjeros que no se encuentren en situación de residencia legal³³⁹.

Ya hemos adelantado que, a diferencia de lo dispuesto para el derecho de asociación en general, las personas extranjeras tienen vedada la posibilidad de crear partidos políticos en España. En este sentido, el art. 1.1 LO 6/2002³⁴⁰ determina que:

“Los españoles podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente Ley Orgánica”.

Compartimos la opinión doctrinal que considera que esta limitación no viene directamente determinada por la Constitución, sino que es fruto de

³³⁸ Ver en RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan; Los derechos políticos de los extranjeros. Civitas. Madrid, 1997, p. 258.

³³⁹ Ibáñez Macías considera que sería constitucional restringir la afiliación a extranjeros en situación documental regular ya que sólo éstos (y en algunos casos) tienen derecho a sufragio municipal. IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., pp. 95-96. Por el contrario, consideramos que sí podrían existir problemas de encaje constitucional en esta posibilidad: por una parte, porque para ser coherente con este razonamiento se debería excluir del derecho de afiliación a los extranjeros con residencia legal pero que no tienen reconocido el derecho de sufragio, y por otra ,porque bajo nuestro punto de vista prevalece la visión de los partidos como emanación del derecho de asociación, y por ende emanación de un derecho que el Tribunal Constitucional ha considerado como vinculado a la dignidad humana en el que no cabe limitaciones en su titularidad por razones de nacionalidad o situación administrativa.

³⁴⁰ Ya el art. 1 de la Ley 54/1978 contemplaba la restricción.

la configuración legal del derecho³⁴¹. Consideramos que del art. 6 CE, en relación con el art. 22 CE, no se puede inferir un mandato constitucional directo de exclusión de las personas extranjeras de la creación de partidos políticos.

Nos parece de especial interés las precisiones que realiza el Consejo de Estado sobre este particular en el apartado XI de su Dictamen de 18/04/2002 respecto al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Partidos Políticos:

“Cabría plantear si la restricción a los españoles de la libertad de creación de los partidos políticos afecta a la igualdad de condiciones para ser elegible; o, en otros términos, si tal restricción supondría una desigualdad para los nacionales de otro Estado, en cuanto a su derecho a ser elegible en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo”.

Opinamos que no es infundada la duda que plantea el Consejo de Estado, ya que esta limitación conlleva que objetivamente los extranjeros van a contar con menos “herramientas” para el ejercicio del sufragio pasivo que tienen reconocido; e incluso más allá del sufragio, para el ejercicio de la acción sociopolítica genérica que tienen reconocida de forma mediata a través de derechos fundamentales como la libertad de expresión, reunión, asociación... Otra cuestión es si esta situación cumple los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para considerar justificado un trato desigual. Hay opiniones doctrinales diversas sobre la materia: algunos autores defienden que esta limitación no afecta a los derechos de participación política de los extranjeros (teniendo en cuenta que sí cuentan la libertad de afiliación)³⁴², otros sin embargo afirman que tras la reforma del art. 13.2 CE es obligado abrir este derecho a los extranjeros³⁴³ e incluso hay quien considera que partiendo del reconocimiento del derecho a los extranjeros “el límite debería situarse en aquellos casos que se

³⁴¹ Ver en REBOLLO DELGADO, Lucrecio; Partidos políticos y democracia. Dykinson. Madrid, 2007, pp. 103-104.

³⁴² REBOLLO DELGADO, Lucrecio; ob.cit., p. 104.

³⁴³ Ver en RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan; ob.cit., pp.257-258.

*pretendiera crear un partido político sólo por extranjeros para extranjeros*³⁴⁴. Nos parece que el segundo posicionamiento doctrinal indicado es el que más se acerca a una correcta interpretación del actual marco jurídico-constitucional del reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos de las personas extranjeras en España.

La LO 6/2002 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco. Éste parte del presupuesto general de que considera injustificada la existencia de una ley específica sobre partidos políticos, ya que bajo su punto de vista la especial función constitucional asignada a los partidos no desvirtúa su naturaleza jurídica última de asociación y, por ende, debería someterse a la normativa general de las asociaciones. Conectada con lo anterior está la tacha de inconstitucionalidad que en este recurso se asigna a la restricción prevista en el art. 1 LO 6/2002, que impide la creación de partidos políticos por parte de los extranjeros: si ni la LO 1/2002 ni la LO 4/2000 impiden crear asociaciones a las personas extranjeras, incluso las que se encuentran en situación documental irregular, no está justificado constitucionalmente que se le restrinja la creación de un tipo concreto de asociación como son los partidos políticos.

El Tribunal Constitucional resolvió el recurso del Gobierno vasco mediante la STC 48/2003, de 12 de marzo. Desde una perspectiva general, considera justificado constitucionalmente la existencia de una normativa propia para los partidos políticos que pueda disponer sobre algunos extremos una regulación distinta a la prevista para el derecho de asociación en general, debido a la especial función que los primeros deben llevar a cabo.

En cuanto a la interdicción de la posibilidad de crear partidos por parte de personas extranjeras prevista en el art. 1 LO 6/2002, la STC 48/2003 considera que no violenta el texto constitucional debido a que:

“Las razones que abonan esa generalización del derecho cuando de asociaciones comunes se trata, no concurren, sin embargo, en el caso

³⁴⁴ MORODO, Raúl y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo; El ordenamiento constitucional de los partidos políticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México D.F., 2001, p. 86.

de los partidos políticos precisamente en razón de cuánto hace de éstos unas asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones. En efecto, los partidos políticos son instrumento privilegiado de participación política, actividad ésta cuyo ejercicio se constituye en un derecho que, garantizado por el art. 23 de la Constitución, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2 de la Constitución)” (FJ 18º).

Por otra parte, la STC 48/2003 también justifica la exclusión de los extranjeros del derecho de crear partidos políticos con el argumento de que sólo los españoles son titulares de derechos que afecten al ejercicio de la soberanía. De esta manera afirma la sentencia en su fundamento jurídico 3º que se reserva a los españoles las actividades que determinan la configuración de órganos representativos que “*ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía*”, actividades entre las que se encontraría la fundación de partidos.

Desde nuestra perspectiva, en estas argumentaciones el Tribunal Constitucional podría haber incurrido en algunas contradicciones, ya que consideramos que no serían válidas al menos para justificar una exclusión total de los extranjeros de la posibilidad de crear partidos políticos. En el citado FJ 18º se recurre a la titularidad exclusiva de los nacionales españoles de los derechos reconocidos en el art. 23 CE; sin embargo el art. 13.2 CE establece una excepción a esa exclusividad que permite bajo determinadas condiciones a personas extranjeras ejercer el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Por lo tanto, siguiendo este argumento se debería permitir como mínimo a los extranjeros que tienen reconocido el derecho de sufragio pasivo en los comicios locales crear partidos que limitaran la presentación de sus candidaturas al ámbito local. Y creemos que lo mismo sería aplicable a las personas extranjeras con derecho de sufragio reconocido en las elecciones europeas respecto a la creación de partidos que presentaran listas en esas convocatorias electorales.

Unos argumentos similares se pueden esgrimir frente a lo dispuesto en el FJ 3º: si los extranjeros tienen vetada la realización de actividades que afecten a la configuración de los órganos representativos que ejerzan potestades directamente vinculadas a la soberanía, en sentido contrario deben tener abierta la posibilidad de participar en actividades políticas que incidan en las instituciones representativas que no reúnan las anteriores características. Siendo la anterior una de las bases jurídico-políticas que se han aportado desde el propio Tribunal Constitucional para sostener la viabilidad del reconocimiento de la participación activa y pasiva de personas extranjeras en los comicios municipales igualmente deber ser válida para defender el “escenario de mínimos” descrito anteriormente respecto a la creación de partidos. Por lo tanto, consideramos que carece de justificación que los extranjeros con derecho de sufragio pasivo en este tipo de elecciones no puedan crear partidos políticos que sólo presenten candidaturas en las mismas.

CAPÍTULO QUINTO.- LA CONSTRUCCIÓN
DE UNA CIUDADANÍA INCLUSIVA: EL
RECONOCIMIENTO PLENO DE LA DIMENSIÓN
POLÍTICA DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS.

I) PLANTEAMIENTO INICIAL.

I.1) VALORACIÓN DE LAS PRINCIPALES PROPUESTAS DE REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CIUDADANÍA.

Todas las alternativas científico-doctrinales expuestas coinciden en señalar la necesidad de un renovado esfuerzo inclusivo a través de la ciudadanía, desde posicionamientos políticos y jurídicos diversos. La excepción se sitúa en lo que hemos denominado la “reacción identitaria”.

Ya señalamos que los postulados comunitaristas y nacionalistas también señalan la conveniencia de superar la ciudadanía liberal, pero a nuestro juicio sus alternativas no hacen más que reforzar aquellos elementos de la ciudadanía que han provocado la situación de crisis de su acepción clásica al afrontar las nuevas exigencias del proceso globalizador.

A lo largo de estas líneas se ha insistido en que una de las principales quiebras de la ciudadanía clásica viene determinada por la caída del mito de la homogeneidad social en el marco del Estado-nación y por el fracaso de las políticas de asimilacionismo e integración forzada en las culturas dominantes. Ha quedado probado que la diversidad cultural no es una aspiración ideológica, sino que es un hecho que caracteriza a las sociedades contemporáneas que hay que aceptar y gestionar adecuadamente. Partiendo de esta constatación el comunitarismo defiende que es la globalización y sus fenómenos asociados, principalmente las migraciones, los que han quebrado la homogeneidad cultural y social de las comunidades nacionales³⁴⁵. Ante este desafío consideran que hay que responder con un afianzamiento de los valores culturales propios frente a los “externos”, que en el caso de que se introduzcan en la comunidad a

³⁴⁵ Que para ellos evidentemente no es un mito, sino una realidad histórica que debe ser el pilar básico sobre el que se construya todo el entramado político, institucional y jurídico de la comunidad nacional.

través de las migraciones deben ser integrados en la cultura dominante a través de una asimilación lo más rápida posible y sin concesiones a posibles intercambios o fusiones culturales

En el plano estrictamente político, el comunitarismo predica una férrea defensa de la soberanía nacional y el autogobierno, y una oposición cerrada a los procesos de integración supranacional y al aumento de las cuotas de poder de los organismos internacionales.

No podemos más que rechazar de plano los comunitarismos y nacionalismos en sus versiones más extremas por las motivaciones que en su momento se expusieron. Tan sólo insistir en nuestro convencimiento de que conducen a una agudización de todas las carencias que en el presente genera la visión liberal de la ciudadanía, provocando un caldo de cultivo muy propicio para que broten conflictos de consecuencias difícilmente previsibles. Basta con hacer un recorrido por las situaciones de crisis políticas más graves en el escenario mundial desde principios de los años noventa hasta la actualidad, donde los posicionamientos cercanos al nacionalismo y comunitarismo han tenido un triste protagonismo.

Dentro de las vías que proponen la reforma profunda de la ciudadanía clásica, pero manteniendo sus principios básicos, la ciudadanía gradual y la ciudadanía basada en una nacionalidad abierta ciertamente suponen un avance respecto a la situación vigente, pero no atacan lo que según nuestra visión constituye el principal obstáculo para una verdadera ciudadanía inclusiva. El problema no reside tanto en que se mantenga que el Estado-nación tiene todavía un papel que jugar en el mundo globalizado, posicionamiento que compartimos, sino en que no se plantean traspasar la frontera que supone cuestionar la nacionalidad como única llave de la ciudadanía plena. Desde luego que la ciudadanía basada en una nacionalidad abierta sí que apunta directamente el problema de una ciudadanía de base étnico-cultural, pero su propuesta de solución tiene un carácter paliativo o dulcificador, ya que seguiría siendo necesario adquirir la nacionalidad del Estado para disfrutar plenamente de los derechos ciudadanos.

Incluso los principales defensores de estas líneas doctrinales incurren en ciertas contradicciones en su construcción. Por ejemplo, Benito Alaéz del Corral, al exponer su teoría de la ciudadanía gradual, por una parte coincide con aquéllos que niegan la existencia de un sujeto colectivo anterior al ordenamiento jurídico, ya que este último tendría una función constitutiva respecto a su sustrato personal, pero al mismo tiempo pone de relieve una supuesta superior capacidad de los nacionales para representar y expresar la voluntad del Estado-nación y la correlativa incapacidad, o al menos menor capacidad, del extranjero residente para hacerlo³⁴⁶. Si no existe ese “pueblo” anterior al ordenamiento con unos ciertos vínculos históricos y culturales comunes, ¿cuál sería la justificación filosófico-jurídica de la superior capacidad del nacional para representar la voluntad del Estado-nación? Este autor también utiliza el argumento de la existencia de una mayor sujeción al ordenamiento jurídico del nacional respecto al extranjero residente, pero ya se apuntó que esta afirmación tiene una base más simbólica y nominal que real.

Consideramos que contradicciones como la descrita provienen de no aceptar la necesidad de la referida “abstracción de la nacionalidad”. No se reconoce con ello que la ciudadanía basada en la identidad nacional tiene dificultades para dar respuesta a los retos que plantea la demanda creciente de derechos por parte de los extranjeros residentes llegados con las migraciones, que no quieren ser tratados como objetos, pero que no pertenecen a la identidad nacional dominante y ni lo desean en la mayoría de los casos³⁴⁷.

Las propuestas que hemos denominado como “rupturistas” sí que cuestionan los parámetros de la nacionalidad como puerta de acceso a la plenitud de los derechos ciudadanos y del Estado-nación como único marco posible de la ciudadanía, y desde un plano teórico, los superan. Ahora bien, la plasmación práctica de sus planteamientos se enfrenta a serios obstáculos, más políticos que jurídicos.

³⁴⁶ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía... cit., p. 231.

³⁴⁷ DAVIDSON, Alastair; ob.cit., p. 35.

Es la ciudadanía de residencia en el marco del Estado-nación la que puede tener una mayor proyección real en el escenario sociopolítico actual. De hecho, los tímidos pasos dados en el reconocimiento de derechos civiles y sociales a residentes no nacionales, así como el limitado reconocimiento de derechos políticos en el ámbito local, pueden considerarse el embrión de la futura construcción de una ciudadanía de residencia.

Ya adelantamos que la visión multicultural de la ciudadanía realiza la aportación de partir del reconocimiento de la diversidad cultural de las sociedades contemporáneas como un hecho que no debe afrontarse desde la óptica “problema necesitado de solución”. El inicio de la construcción de un nuevo concepto ciudadanía desde una valoración positiva de la diversidad, y no como un elemento distorsionador y desestabilizante, nos parece un gran acierto. Ahora bien, la idea de gestionar ese valor positivo de la multiculturalidad a través de la asignación a los diferentes grupos sociales derechos igualmente diferenciados que respondan a la especificidad de cada uno de ellos nos parece un camino equivocado. Defendemos que ningún ciudadano debe tener un nivel distinto de reconocimiento o defensa de los derechos fundamentales por razones culturales, sociales o nacionales y, en realidad, el tan criticado “sistema de castas” no es otra cosa que el reverso negativo de la propuesta multicultural. En la ciudadanía multicultural la diferenciación proviene de una voluntad política de superar situaciones de discriminación, reconociendo un plus de derechos a determinados colectivos con características especiales, pero la cara positiva de este sistema (multiculturalismo) está separada de la negativa (sistema de castas) por una frontera peligrosamente delgada, fácilmente franqueable por los avatares del devenir político-social. En este sentido consideramos pertinentes las dudas expresadas por parte de la doctrina respecto al “encuadramiento automático” de los individuos en grupos de pertenencia en virtud de una serie de características personales que se podría derivar de la alternativa multicultural. Lo anterior generaría una tendencia a la uniformidad que ignora las identidades plurales, complejas y combinadas de los individuos, que es lo que precisamente el multiculturalismo pretende combatir. Además, aún defendiendo la necesidad de políticas de igualación positiva, la concesión de derechos

de representación especial a determinados grupos no puede socavar la propia máxima de la proporcionalidad democrática³⁴⁸.

Por lo expuesto, la propuesta de Iris Young³⁴⁹ de políticas diferenciadas que otorguen a los colectivos que sufren situaciones de exclusión derechos igualmente diferenciados de carácter temporal que les ayuden a salir de la discriminación nos parece que, con elementos comunes con la ciudadanía multicultural, conjura en gran medida sus posibles quiebras.

Bajo nuestro punto de vista es mucho más acertado apostar por una visión transversal del multiculturalismo que informe a todo el ordenamiento jurídico y a las grandes “políticas de Estado”. Algo similar a añadir en el caso español un nuevo valor superior del ordenamiento en el art. 1.1 CE: la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político y la diversidad cultural (o multiculturalismo). Ahora bien, sí que compartimos que en ocasiones puede ser necesario reconocer derechos específicos a colectivos afectados por situaciones graves de exclusión social, en la línea de la apuesta de Young por una “ciudadanía diferenciada”, en aras de reparar discriminaciones sostenidas en el tiempo y conseguir su inclusión de la manera más rápida posible, pero siempre en el bien entendido de que este reconocimiento adicional de derechos debe tener un carácter temporal y por lo tanto cesar inmediatamente después de la consecución de los objetivos de inclusión a los que servía.

Merece ser destacada la teoría de la ciudadanía transcultural que sostiene Rubio Carracedo³⁵⁰. La idea de instaurar un verdadero diálogo e intercambio transcultural entre las diferentes identidades culturales que conviven en una sociedad, favoreciendo la mutua influencia y el mestizaje, creemos que supera claramente a la de la simple convivencia separada presidida por la tolerancia. Es un buen método para prevenir las demasiado frecuentes endogamias culturales y los peligros que para los derechos individuales suponen determinadas construcciones de los derechos culturales y políticos colectivos.

³⁴⁸ SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit., p. 17.

³⁴⁹ YOUNG, Iris Marion; ob.cit.

³⁵⁰ RUBIO CARRACEDO, José; ob.cit., pp. 110 y ss.

Por el contrario, es más difícil de asumir su posicionamiento respecto a la vigencia de los Derechos Humanos, que se señala como clave para la ciudadanía transcultural. Este propuesta doctrinal afirma que en Occidente hay una obsesión por el legalismo y la positivización del Derecho que supone un gran obstáculo para la universalización real de los Derechos Humanos y por ende para la ciudadanía transcultural. Considera que lo realmente importante es la base moral y político- democrática de los Derechos Humanos, siendo su positivización tan sólo una condición perfecta que en el mundo occidental se ha elevado a condición “sine qua non”.

Aceptando que los planos moral y político-democrático son los que dan la legitimad última a cualquier norma jurídica, y con una especial incidencia a los Derechos Humanos, la plasmación material en el Derecho positivo de los mismos bajo nuestro criterio tiene un importancia vital. No se puede negar que es esencial para la vigencia de los Derechos Humanos conseguir que haya un convencimiento político- moral universal de su necesidad y justicia, más allá de especificidades culturales. Pero igualmente innegable nos parece el hecho de que es imprescindible contar con instrumentos jurídico-normativos para positivarlos con una vocación de validez universal y con instituciones que compartan la misma vocación cuya función sea garantizar con poder vinculante el reconocimiento de los Derechos Humanos y la coerción de sus violaciones³⁵¹.

Y enlazando con lo anterior, concluimos este apartado con una alusión a la alternativa de la ciudadanía cosmopolita, que se encuentra seriamente afectada por los problemas de “realidad política”. Tal como se ha expuesto en diversas ocasiones en estas líneas, la inexistencia de un ordenamiento jurídico con carácter vinculante universal, la falta de herramientas jurídico-institucionales universales coercitivas de defensa de los Derechos Humanos, la debilidad y falta de legitimidad democrática de los organismos transnacionales que, al menos inicialmente, podrían ser los grandes promotores de esos derechos ciudadanos globales impugnan a día de hoy la virtualidad del proyecto cosmopolita.

³⁵¹ En este mismo sentido Francisco Laporta reivindica un mayor peso de la ley en los actuales sistemas constitucionales. LAPORTA, Francisco J.; *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta. Madrid, 2007.

I.2) HACIA UNA CIUDADANÍA INCLUSIVA.

El posicionamiento que sostenemos a través de esta tesis doctoral tiene como punto de partida el presupuesto que ha concitado una práctica unanimidad doctrinal: la imprescindible redefinición de los conceptos de ciudadanía y Estado-nación para dar una adecuada respuesta a los desafíos de la era de la globalización. En el horizonte del camino iniciado desde ese planteamiento se encuentra como objetivo final la construcción de lo que hemos definido como “ciudadanía inclusiva”; una opción alternativa frente a los señalados retos del nuevo contexto mundial. Y, por último, la razón de ser de la presente línea de investigación es realizar propuestas de reformas político-jurídicas que coadyuven a la consecución de la ciudadanía inclusiva.

En los anteriores capítulos hemos hecho referencia a diversos fenómenos asociados al proceso globalizador que ponen en cuestión la perspectiva clásica de la ciudadanía en el marco del Estado-nación. Entre todos ellos se ha prestado una especial atención a los movimientos migratorios asociados a este proceso y su proyección sobre dichos conceptos. Y ello porque la existencia de un número creciente de población extranjera supone evidentes disfunciones en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que no ostentan la nacionalidad del Estado en el que residen y en la estructura sociopolítica del mismo. En este sentido se evidencia el absurdo de pretender una integración de la inmigración sin alterar un ápice la sociedad de acogida. Esta idea sólo es sostenible a través de una consideración de las personas extranjeras exclusivamente como mano de obra temporal vinculada a las necesidades económicas coyunturales. Sin embargo, incluso construyendo todo el entramado jurídico de la gestión de las migraciones sobre las premisas de la identificación del migrante con fuerza de trabajo y de la indemnidad social y cultural de la sociedad de acogida, una vez más la realidad que condensa la ya famosa cita de “*queríamos trabajadores y llegaron personas*”

se impone inexorablemente. Por lo tanto, De Lucas concluye que la integración “aséptica” no sólo es una mala idea, sino que simplemente es imposible³⁵². En esta línea, Octavio Salazar afirma que todo ser humano es un ser cultural, y por ende toda sociedad es multicultural, lo que también pone en cuestión la pretendida homogeneidad cultural de la que en teoría se basa el Estado-nación liberal³⁵³, homogeneidad que ya señalamos que en realidad se puede considerar como un verdadero “mito legalizado”.

Sin embargo, el tratamiento político y normativo de las migraciones no ha estado presidido por una voluntad de construir un nuevo concepto de ciudadanía adaptado a la realidad social que configuran. Por el contrario, hemos analizado que la gestión de las migraciones a nivel internacional y nacional prioriza de forma muy acusada una perspectiva economicista y de seguridad sobre el “lenguaje de los derechos”. En el ámbito internacional se han destacado las políticas migratorias de la Unión Europea, donde documentos políticos como el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo o el “Programa de Estocolmo” y normas jurídicas como la Directiva 2008/115/CE (“Directiva Retorno”) o la Directiva 2009/50/CE (“Directiva de la Tarjeta Azul”) determinan un marco muy restrictivo de los Derechos Humanos, que son objeto de violaciones directas, reales y dramáticamente visibles. En España, la evolución descrita de la normativa reguladora de los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente la conocida como “Ley de Extranjería”, también se ha caracterizado por situar en un primera plano las cuestiones de seguridad, control de fronteras y de atención a las necesidades del mercado de trabajo, incluso en las ocasiones donde se legislaba en teoría para avanzar en el reconocimiento de derechos. En este sentido la reforma de la LO 4/2000 operada por la LO 2/2009 es ciertamente ilustrativa.

Un ejemplo cercano y concreto de estas realidades lo constituyen las 131

³⁵² LUCAS MARTÍN, Javier de; “Los límites de la inclusión del otro....cit.

³⁵³ Salazar defiende reactivar el constitucionalismo como herramienta para asumir la diversidad cultural y promover una verdadera defensa del pluralismo, la igualdad y los Derechos Humanos. SALAZAR BENÍTEZ, Octavio; Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 183 y ss.

personas inmigrantes que perdieron la vida cuando intentaban alcanzar las costas españolas durante el año 2010, víctimas del endurecimiento y externalización de las políticas fronterizas de España y la Unión Europea, muertes que ascienden a 4.138 en el periodo 2001-2010. En las fronteras de toda la Unión, entre 1988 y 2010 se estima que las víctimas superaron las 22.000³⁵⁴.

A pesar de lo anterior, hay que reconocer que en los últimos años el cuestionamiento del papel de la ciudadanía y el Estado-nación no se ha limitado a una discusión teórica doctrinal, sino que también han tenido un reflejo destacable en el Derecho positivo. La creación de la ciudadanía europea y el progresivo reconocimiento de la dimensión política de los residentes extranjeros en el Derecho comparado abren nuevas vías para la construcción de un concepto de ciudadanía más inclusivo y han sido objeto de nuestra atención en la presente tesis. Sin embargo, igualmente hemos puesto de relieve que la situación de crisis social y económica de carácter sistémico en la que nos encontramos inmersos en los últimos tiempos ha propiciado una tendencia regresiva en el reconocimiento de derechos, algo que ha afectado a los avances en materia de ciudadanía. Muestras de esta tendencia las encontramos en las referidas restricciones a la libertad de circulación y de ejercicio de actividad laboral que determinados ciudadanos europeos están sufriendo en Estados de la Unión como Francia y España. Bajo nuestro punto de vista, estos retrocesos ponen de manifiesto que todavía no existe una voluntad política firme para superar definitivamente un modelo de ciudadanía excluyente para un porcentaje significativo de la población sometida al ordenamiento jurídico del Estado-nación de que se trate (y al de la UE, por supuesto).

Aún asumiendo lo expuesto, la consecución del objetivo de una ciudadanía inclusiva donde tengan cabida todas las personas que forman parte real y efectiva de la comunidad sociopolítica es posible. Coincidimos con quienes consideran que la construcción de una ciudadanía inclusiva es una cuestión que depende casi en exclusiva de la existencia de la mencionada voluntad política, ya que no presenta grandes obstáculos científico-

³⁵⁴ Informe "Derechos Humanos en la Frontera Sur 2010-2011". Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Mayo 2011.

jurídicos³⁵⁵. Además, la realidad política contemporánea determina que la afirmación “en Derecho, si hay voluntad política hay un camino” utilizada en la tradición jurídica anglosajona esté más de actualidad que nunca. En este sentido nos parece palmariamente ilustrativo el citado proceso de reforma constitucional “exprés” del art. 135 CE para introducir un límite máximo al déficit y endeudamiento público que recientemente se ha concluido. Tras años donde parecía inviable afrontar la modificación de la norma fundamental, la confluencia de voluntades de las dos principales formaciones partidistas ha hecho bastar unas escasas semanas para impulsar esta reforma, cuyas consecuencias en las políticas económicas y sociales públicas de los próximos años no serán de calado menor precisamente.

En la construcción de una nueva ciudadanía, es posible utilizar elementos de su acepción liberal clásica que indudablemente deben ser valorados como positivos. Es de justicia señalar que la ciudadanía liberal a lo largo de su devenir histórico ha llevado a cabo su propio “itinerario de inclusión”, a pesar de que algunos autores planteen que el concepto de ciudadanía ha tenido desde el origen una vocación excluyente³⁵⁶, ya que ha distinguido entre los que tenían acceso al “privilegio” social, ético, político y económico que conlleva la ciudadanía y los que no, sin que residiera en ella un espíritu que le impulsara a ampliar su base subjetiva.

Sin negar que es bastante plausible que en la intencionalidad política última de los impulsores del concepto clásico de la ciudadanía no se contemplara su posible universalización, también es innegable que, responda o no a su vocación inicial, ésta ha experimentado un proceso de expansión de carácter incluyente. En sus orígenes la ciudadanía plena estaba al alcance de personas de sexo masculino, de raza blanca, con un patrimonio mínimo y con la nacionalidad del Estado. En el recorrido histórico de la ciudadanía liberal se han ido produciendo una serie de “abstracciones” que acercaron el sustrato personal de los ciudadanos plenos al sustrato personal de los sometidos al imperio del Estado-nación

³⁵⁵ SANTOLAYA, Pablo y REVENGA, Miguel.; Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio ...cit., pp. 83 y ss.

³⁵⁶ ZAPATA-BARRERO, Ricard; ob.cit., p. 179.

y su ordenamiento jurídico³⁵⁷, permitiendo que la mujer, la personas de raza no blanca y los que no tenían una capacidad económica elevada pudieran ser considerados como ciudadanos de pleno derecho. Por otra parte, tampoco se puede dejar de señalar que el crecimiento inclusivo de la ciudadanía liberal clásica también ha afectado a su contenido sustantivo, ya que partiendo de una prevalencia de los derechos ciudadanos de carácter civil se fue robusteciendo posteriormente el reconocimiento de los derechos políticos, para llegar a alcanzar incluso un cierto reconocimiento de la dimensión social de la ciudadanía con Marshall.

Es paradójico que uno de los principales escollos actuales para la construcción de una ciudadanía, la identificación entre nacionalidad y ciudadanía, en su momento tuvo una función inclusiva en la evolución del concepto clásico de ciudadanía: fue la herramienta principal para superar el sufragio censitario en un primer momento y la exclusión de las mujeres de la participación política posteriormente³⁵⁸, suprimiendo para los que ostentaban la nacionalidad del Estado en el que residían la distinción entre ciudadanos pasivos y activos característica del Estado Liberal. Supuso un avance crucial en la progresiva aproximación entre pueblo gobernante y gobernado³⁵⁹.

En el proceso inclusivo de la ciudadanía liberal es de justicia resaltar el crucial papel jugado por la teoría feminista, que desafió las bases ideológico-políticas con las que se pretendía legitimar las exclusiones de la ciudadanía clásica. A nuestro juicio, su defensa de la existencia de un “contrato sexual”³⁶⁰ previo al “contrato social” que determinaba la posición subordinada de la mujer en la construcción de la ciudadanía liberal postrevolucionaria es una aportación esencial para explicar la exclusión de la mujer, y por extensión del resto de colectivos infra-reconocidos en la

³⁵⁷ PRESNO, Miguel Ángel; ob.cit., pp. 64 y ss.

³⁵⁸ CLOSA MONTERO, Carlos; “Citizenship of the Union and Nationality of Member States”, *Common Market Law Review*, nº32. 1995, pp. 487 y ss.

³⁵⁹ Lo que nos sitúa ante uno de los “nudos gordianos”: la definición jurídica de pueblo, sobre lo que volveremos inmediatamente.

³⁶⁰ 360 PATEMAN, Carole; *El contrato sexual*. Anthropos. Madrid, 1995.

misma. El feminismo expone que antes del pacto social, que determinó el reconocimiento de los derechos y obligaciones del ciudadano y que dotaba de legitimidad a aquéllos que ostentaban la representación política entre otros principios de organización de la comunidad política, se impuso “un contrato sexual” por el que se asignaban diferentes responsabilidades sociales a los ciudadanos en función de su sexo, reservándose al hombre toda la actividad que se desarrollaba en el espacio público y relegando a la mujer al ámbito exclusivamente privado, sustentado este contrato en unas supuestas tendencias y habilidades naturales hacia un espacio u otro asociadas a la condición sexual. Con análogos contratos previos al social se podría explicar la exclusión racial (superioridad natural de la raza blanca para asumir la dirección de la comunidad política) o económica/social (el poder económico y político debe ser administrado por las clases sociales más altas, ya que se les presuponen unas condiciones innatas y adquiridas por su status de las que carece la clase obrera y los excluidos sociales). Inmediatamente señalaremos la actualidad de la que goza la teoría del “contrato previo”.

Como hemos reiterado a lo largo de este comentario, la ciudadanía en su acepción liberal se vio desbordada por las exigencias de las nuevas sociedades multiculturales y plurinacionales. De la misma manera que cuando la mujer o las personas sin capacidad económica tenían limitados sus derechos civiles y políticos, en la actualidad millones de personas que forman parte de nuestro entorno sociopolítico tienen vedado el acceso a la ciudadanía plena. Utilizando el término de Presno, es evidente que hace falta una nueva abstracción para hacer coincidir ciudadanos con plenitud de derechos con miembros de la comunidad política. Coincidiendo con esta argumentación, Javier de Lucas afirma que los Derechos Humanos y los derechos de ciudadanía han sufrido procesos sucesivos de abstracciones en los que se han ido incluyendo a sujetos inicialmente excluidos: mujeres, no propietarios, minorías étnicas... se han beneficiado de estos procesos, han roto con los presupuestos previos que les hacían llegar al pacto social en una situación de subordinación preestablecida. Ahora ha llegado el turno a los extranjeros residentes, que están sometidos a una condición de infra-ciudadanos, de pertenencia sin ciudadanía³⁶¹.

³⁶¹ LUCAS MARTÍN, Javier de; “La ciudadanía basada en la residencia y ...” cit., pp. 24 y ss.

Al igual que la mujer sufrió la imposición del “contrato sexual”, los miembros de la comunidad política no nacionales provenientes de las migraciones se ven sometidos a las reglas restrictivas de un contrato previo a su ingreso en la sociedad: un “contrato de extranjería”. En este contrato, desde una visión estrictamente utilitarista de la inmigración, se les asigna unas funciones sociales preponderantemente económicas, de mano de obra al servicio de las necesidades del proceso productivo, relegando a un segundo plano o directamente eliminando el resto de sus facetas como persona y ciudadano: familiar, política y cultural en esencia. Las personas inmigrantes llegan al “pacto social” siendo valorados como fuerza laboral, no previéndose en la comunidad política cauces para su participación política, desarrollo cultural y disfrute de la vida familiar.

De esta manera nos situamos ante unos de los actuales retos del recorrido inclusivo de la ciudadanía: la ruptura del “contrato de inmigración” previo y por ende la “abstracción” de la nacionalidad³⁶². Ya hemos aludido a diversas voces en la doctrina que afirman con rotundidad que la ciudadanía democrática no necesita quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo. Incluso encuentran apoyo a esta “desconexión” en los propios orígenes de la ciudadanía liberal, en la misma construcción de Rousseau o Kant de la ciudadanía y la soberanía popular que sólo descansaba en la conexión entre el *ethos* y el *demos* de forma inicial y transitoria³⁶³.

Coincidimos con los autores que defienden la superación de los posicionamientos doctrinales tradicionales sobre los que se basan la ciudadanía y el Estado-nación³⁶⁴, reiterando la apuesta por la regeneración democrática del Estado- nación que desvincule *ethos* y *demos*. En esta línea transita la aludida propuesta de Habermas del “patriotismo constitucional” o la “3ª vía” de Hermann Heller para la construcción del

³⁶² PRESNO, Miguel Ángel; ob. cit., pp. 74 y ss.

³⁶³ HABERMAS, Jürgen; Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de ... cit., pp. 623-624.

³⁶⁴ Tanto los que cimentan la construcción del Estado en la “voluntad consciente y actuante de un pueblo transformado en nación” (Carl Schmitt) como los que apoyan esa construcción en la “autoreferencia” del ordenamiento jurídico (Hans Kelsen). SANZ MORENO, José Antonio; ob.cit., p. 1.

Estado a través de la Constitución³⁶⁵.

Por todo lo anterior, y partiendo de la necesaria combinación de elementos propios de la ciudadanía clásica con otros elaborados de “nuevo cuño” en las últimas décadas por la ciencia político-jurídica, desde nuestro punto de vista el camino de la consecución de una ciudadanía inclusiva conlleva un trabajo de doble dimensión: una que afecta al Estado-nación y otra en el ámbito transnacional. En el ámbito nacional tienen relevancia principalmente las propuestas de quienes defienden la residencia estable como puerta de los derechos ciudadanos, pero con importantes aportaciones desde otras coordenadas doctrinales y en el transnacional la aspiración última se encuentra en la dirección señalada por los autores “cosmopolitas”, pero con un largo e incierto proceso que afrontar todavía en el horizonte. En las próximas líneas se concretarán ambas dimensiones.

No podemos concluir este planteamiento inicial sin insistir una vez más en una perspectiva elemental a nuestro juicio a la hora de afrontar la renovación del concepto de ciudadanía para dotarle de una verdadera función inclusiva. Junto a los retos políticos-jurídicos que hemos ido describiendo en la presente tesis doctoral existen unos desafíos de índole social de igual relevancia. De esta manera, si consideramos necesario un nuevo “contrato social” que responda a las nuevas realidades, dicho contrato debe atender dos áreas: una referida a la “convivencia cívica”, de un carácter eminentemente político-jurídico y cuyo principal objetivo es la equiparación de todos los miembros efectivos de la comunidad en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, y otra que alude a la “convivencia civil”, que interpela a la propia sociedad a la hora de realizar un esfuerzo en la construcción de códigos sociales de relación que permitan una adecuada “integración bidireccional” entre “nuevos y viejos ciudadanos”³⁶⁶.

³⁶⁵ Considera que sólo existe una norma constitucional jurídica objetivada en cuanto sea constantemente referida al ser humano y actualizada por el mismo, asignando al Estado una función de salvaguarda de la democracia y estableciendo que la ciudadanía es la herramienta esencial de legitimidad sistémica. HELLER, Hermann; Teoría del Estado. FCE. México, 1998, pp. 329 y ss.

³⁶⁶ LUCAS MARTÍN, Javier de; “La ciudadanía basada en la residencia y ...” cit., p. 21.

II) EXIGENCIAS DE LA CIUDADANÍA INCLUSIVA EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL.

Se han distinguido dos dimensiones en la aspiración de construir una ciudadanía inclusiva: la supranacional y la que debe desarrollarse dentro del Estado-nación. Dentro de la primera consideramos que el reto esencial es conseguir una verdadera universalización de los Derechos Humanos, necesitando para ello instituciones e instrumentos normativos de carácter internacional legitimados democráticamente y con un mínimo de poder coercitivo, aspiraciones que trataremos en este apartado.

La vocación de universalidad de los Derechos Humanos aparece firmemente consolidada en la Filosofía política e incluso en las partes de las grandes declaraciones internacionales de derechos de las que se discute su condición de verdadera norma jurídica (preámbulos, exposiciones de motivos y similares). Sin embargo, dicha universalidad queda en entredicho en su plasmación positiva en preceptos de carácter vinculante, siendo uno de los principales obstáculos para su consecución la distinción entre nacional y extranjero: la preeminencia de la nacionalidad a la hora de determinar la titularidad y ejercicio de los Derechos Humanos puede llegar a convertir su universalidad en un dogma vacío³⁶⁷.

En este ámbito, tradicionalmente se han distinguido cuatro fases en el proceso de creación de los Derechos Humanos: positivización, generalización, internacionalización y especificación. Algunos autores defienden que las dos últimas fases siguen abiertas³⁶⁸, por lo que la aspiración de universalidad está todavía por conquistar, aunque es perfectamente viable contando con la necesaria voluntad política para ello.

³⁶⁷ ASÍS ROIG, R. de; "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en CAMPOY, I. (ed); Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración. Dykinson. Madrid, 2006, pp. 38-40.

³⁶⁸ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel; ob. cit., p. 106.

Ya se aludió al papel básico que en la presente materia juega la relación entre los conceptos de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. En los elementos diferenciadores que separan ambos conceptos (vocación de universalidad de los primeros y la circunscripción de los segundos a las fronteras delimitadas por la ciudadanía, la nacionalidad y el Estado-nación) se encuentran al mismo tiempo la raíz del problema y de la solución del reto de la universalidad de los derechos: una convergencia entre ambos conceptos, o directamente la abolición de dicha distinción³⁶⁹, rompería con uno de los principales fundamentos filosófico-políticos que impide la consolidación de una universalidad real. Y lo anterior basado en una reafirmación del concepto de la dignidad humana, al que dedicaremos las próximas líneas.

³⁶⁹ PECES BARBA, Gregorio; Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos III / BOE. Madrid, 1995, pp. 432 y ss.

II.1) LA DIGNIDAD HUMANA COMO HERRAMIENTA PARA LA VERDADERA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La función principal de la dignidad humana en el proceso de universalización procede de su carácter de fundamentación última de todo el sistema filosófico, político y normativo de los Derechos Humanos. Tal como señala Carrillo Salcedo, la dignidad es el principio del orden internacional contemporáneo por antonomasia, por lo que los Derechos Humanos no son un asunto interno de cada Estado, sino expresión directa de esa dignidad³⁷⁰. En la misma línea coincidimos con los autores que defienden que no se puede considerar a los Derechos Humanos como conceptos absolutos, sino que son procesos que se van construyendo en la lucha por el reconocimiento pleno de la dignidad humana³⁷¹.

No hay que adentrarse demasiado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para confirmar el papel referencial asignado a la dignidad humana por el principal instrumento internacional de reconocimiento de los Derechos Humanos. El primer párrafo de su Preámbulo dispone:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;...”

Queda claro que la dignidad humana es el principio fundamental que justifica y vertebrata todo el contenido de la Declaración. Es más, el texto irradia una vocación de vigencia universal de la totalidad de los

³⁷⁰ CARRILLO SALCEDO, J.A.; “El problema de la universalidad de los Derechos Humanos en un mundo único y diverso”, en RODRÍGUEZ, M^o E. y TORNOS, A.; Derechos culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2000, p. 39.

³⁷¹ Ver en HÄRBELE, Peter; Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Tecnos. Madrid, 2002. p. 68 y en HERRERA FLORES, Joaquín; Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto. Los libros de la catarata. Madrid, 2005.

Derechos Humanos sin excepciones ni categorías. En el mismo sentido, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 afirma:

“Considerando que, conforme a los principios enunciados por la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente de todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,...”

Afirmaciones similares encontramos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y en otros textos de Derecho Internacional.

A pesar de lo expuesto, hasta la actualidad la afirmación de la dignidad humana como base de todo el sistema internacional de los Derechos Humanos no ha conllevado una “universalidad efectiva” de todos ellos. Ha tenido un impacto muy negativo en esta aspiración la teoría que se ha ido consolidando respecto a la existencia de algunos Derechos Humanos que tienen una especial vinculación a la dignidad humana y otros que tienen una menor conexión con la misma: los primeros serían acreedores de reconocimiento universal mientras que los segundos serían susceptibles de ser limitados a través del binomio “ciudadanía-nacionalidad”. Ya indicamos que algunos autores proponen que los derechos que se situarían en un nivel de protección privilegiado respecto al resto serían los reconocidos en el art.3 de la Convención de Ginebra de Derecho Humanitario de 12/08/1949: derecho a la vida y a la integridad corporal, prohibición de la tortura y trato degradante y de ser condenado sin proceso justo. Sin embargo, igualmente adelantamos que a lo largo del articulado de la DUDH no se atisba ningún argumento jurídico-político que pueda justificar una interpretación que determine la existencia de una mayor vinculación con la dignidad humana de algunos de los Derechos Humanos reconocidos por la Declaración Universal y lo mismo se puede señalar para el resto de los principales tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (PIDCP, CDFUE o CEDH). En concreto nos parece significativo que los arts. 29.2 DUDH, 21 y 22 PIDCP y 11 CEDH determinen que los únicos límites a imponer a los Derechos

Humanos en general son el respeto a los derechos de los demás, el orden moral, el orden público y el bien general de la sociedad democrática³⁷², limitaciones de las que parece no desprenderse elementos que sostengan una distinción entre derechos basada en una mayor o menor conexión con la dignidad. Esta interpretación respecto a la categorización de los Derechos Humanos también ha tenido su reflejo en el Derecho interno español, a través de la reiterada jurisprudencia constitucional que ha ido elaborando un listado de derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, distinguiéndolos de aquéllos que no lo son, con su correspondiente distinto nivel de protección. El último hito relevante en esta construcción jurisprudencial lo constituyó la analizada STC 236/2007.

No podemos compartir la distinción que realiza la jurisprudencia constitucional entre derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana y aquéllos que no lo son³⁷³. Sostenemos que esa diferenciación es contraria al espíritu e incluso a la letra de las grandes declaraciones de derechos que forjaron el propio concepto de derecho humano y que han servido de base para la construcción de todo el sistema constitucional español de derechos, como revela lo dispuesto en el art. 10.2 CE. Bajo nuestro punto de vista, en la distinción entre derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana y los que no lo son subyace una legitimación, aunque sea indirecta, del criticado “sistema de castas”, ya que valida la posibilidad de la coexistencia en una misma sociedad de personas o grupos con distintos niveles de reconocimiento y protección respecto de aquellos derechos que no se consideran especialmente conectados a la dignidad. Como “tercera vía” algunos autores proponen la universalidad en la titularidad de todos los Derechos Humanos, aunque admitiendo limitaciones en el ejercicio basadas en la nacionalidad en aquéllos que no se consideren inherentes a la dignidad³⁷⁴. Consideramos

³⁷² LABRADO RUBIO, V.; Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. Civitas. Madrid, 1998, pp. 191 y ss.

³⁷³ Otras voces en la doctrina también cuestionan esta línea jurisprudencial. Ver por ejemplo en GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; ob. cit., p. 17.

³⁷⁴ ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Vías constitucionales para la integración social de los inmigrantes”...cit., p. 7.

que el reconocimiento de la titularidad pero no el ejercicio de un derecho equivale materialmente a su negación absoluta, ya que a efectos prácticos para las personas concernidas ambas situaciones tienen las mismas consecuencias.

En el contenido del art.10.1 nuestro propio texto constitucional, interpretado conjuntamente con los arts. 14 a 29 CE, también es difícil hallar directa o indirectamente cobertura para la diferenciación entre derechos fundamentales conectados con la dignidad humana y los que no lo están. Hay autores que consideran que el art. 10.1 CE es un fundamento dogmático constitucional y que la dignidad humana aludida en este precepto se constituye en valor constitucional último y sustrato de los derechos fundamentales³⁷⁵. Con este punto de partida diversos autores defienden que el principio de universalidad de los Derechos Humanos está reconocido directamente en la Constitución española en el art. 10 e, indirectamente, en los conceptos indeterminados utilizados por la Carta Magna a la hora de referirse a la titularidad de algunos derechos fundamentales. Aunque también señalan que se podría interpretar como una dificultad respecto a la vigencia del principio de universalidad la alusión exclusiva a “los españoles” del art. 14 CE, consideran que la misma queda neutralizada por el reconocimiento expreso de la igualdad material del art. 9.2 CE sin alusión alguna a la nacionalidad (además de la señalada jurisprudencia constitucional que aclara este extremo)³⁷⁶.

También señalamos en anteriores capítulos el papel clave que puede jugar el concepto “libre desarrollo de la personalidad” contemplado en el art. 10.1 CE en este ámbito, y especialmente vinculado con la dignidad humana, en una visión «universalista» de los Derechos Humanos.

³⁷⁵ Ver en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; La dogmática de los Derechos Humanos. A propósito de la Constitución española de 1978. Ed. Jurídicas. Lima, 1994, pp. 50-51 / MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel; Derecho constitucional español. San Pablo CEU. Valencia, 1995, pp. 78-79 / PAREJO ALFONSO, Luciano; “Constitución y valores del ordenamiento”, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría, vol. 1º. Civitas. Madrid, 1995, pp. 78-79.

³⁷⁶ Entre otros: GOIG MARTÍNEZ, J. M.; Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa. Universitas Internacional. Madrid, 2004 / GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 2005 / ESCOBAR ROCA, G.; Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. Revista Catalana de Derecho Público, nº 37, 2008 y FERRAJOLI, L.; Derechos y garantías. Trotta. Madrid, 1999.

Defendemos que la nacionalidad que ostente una persona no debería suponer un obstáculo insalvable para el libre desarrollo de su personalidad.

Situándonos de nuevo en el ámbito del Derecho internacional, igualmente consideramos muy pertinente la inclusión junto al concepto general de la dignidad humana de otros principios como los de igualdad y libertad, que lo especifican y “materializan”, para que conectados de una forma interdependiente sirvan de fundamento de los Derechos Humanos en su proceso de internacionalización.

Por último, contra la posibilidad de distinguir entre Derechos Humanos de distintas categorías según su vinculación a la dignidad humana se alza la extendida posición doctrinal que defiende la indivisibilidad, interdependencia e integridad del conjunto de los mismos³⁷⁷. Coincidimos en el rechazo a que la clasificación de los Derechos Humanos en “generaciones” justifique asignar a cada una de ellas un nivel decreciente de “inherencia”, y por ende un reconocimiento y protección igualmente menguante.

De esta manera concluimos el presente apartado con la afirmación de que todos y cada uno de los Derechos Humanos se encuentran por igual bajo el “paraguas” de la dignidad y que no existe fundamentación filosófico-jurídica para establecer distinciones entre ellos por una supuesta mayor o menor vinculación a esta última. Superando la perspectiva, a nuestro juicio esencialmente política, que subyace en esta categorización, se allanaría en gran medida el camino para una verdadera vigencia del principio de universalidad.

³⁷⁷ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M^a Encarnación, “Derechos humanos: yuxtaposición o integración?”. Anuario de Filosofía del Derecho, t. XIII-XIV, 1997.

II.2) LA DEMOCRATIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES.

Se ha afirmado que, junto a la ciudadanía, el Estado-nación es la principal construcción jurídico-política cuestionada por los desafíos de la globalización. El progresivo deterioro de los tradicionales monopolios de poder estatales se ha hecho especialmente patente en el actual contexto de crisis sistémica. Los Estados han comprobado que carecen de instrumentos para tomar decisiones políticas propias realmente eficaces para superar los devastadores efectos sociales y económicos de la vigente crisis y que las medidas a adoptar les vienen impuestas desde instancias de poder supranacionales que escapan de su control. Incluso en los últimos tiempos estamos asistiendo a situaciones ciertamente infrecuentes hasta fechas recientes: gobiernos nacionales están asumiendo con una docilidad sorprendente políticas que, no sólo chocan frontalmente con el programa con el que concurrieron a los comicios donde fueron elegidos o con la ideología que supuestamente defienden las formaciones partidistas que los sustentan, algo que desgraciadamente hace mucho tiempo que no se puede calificar como poco habitual, sino que suponen un auténtico “suicidio electoral” de cara a mantener el poder en las siguientes elecciones, algo que sí constituye una destacada novedad. En este sentido traemos de nuevo a colación el ejemplo de las decisiones tomadas por el Gobierno de España desde mayo de 2010 hasta la fecha en la que se concluyó la redacción de esta tesis doctoral, reforma constitucional incluida.

En el fenómeno descrito ha intervenido el proceso de cesión directa de soberanía nacional que los Estados han llevado a cabo a favor de organismos internacionales de distinto perfil (desde la Unión Europea al Fondo Monetario Internacional) y la no menos relevante cesión indirecta, mediante profundos procesos de desregulación normativa, a favor de entidades privadas como las grandes corporaciones multinacionales o

ese ente indefinido que ha irrumpido con inusitada fuerza en el escenario político global al que se le ha dado el nombre de “los mercados”³⁷⁸. Bajo nuestro punto de vista, lo anterior tiene un doble origen:

- 1) El traspaso de soberanía nacional a las instituciones políticas supranacionales no se ha visto acompañado por un avance correlativo en la legitimación democrática de estas últimas. Mientras que en el ámbito del Estado-nación se había conseguido en cierta medida, con deficiencias y sólo en algunas regiones del planeta determinadas, un mínimo control democrático del ejercicio del poder político, en el ámbito transnacional esa legitimación y control se difumina extremadamente. Ya hemos destacado que el Parlamento europeo, con las limitaciones que se han señalado de forma reiterada, constituye una excepción en el ámbito de las organizaciones internacionales, al ser el primer ente supranacional elegido de forma directa por un proceso democrático. Esta falta de “sustrato” democrático hace que la ciudadanía no se sienta representada por estas organizaciones internacionales, y que las decisiones que emanan de las mismas se perciban en muchas ocasiones como una imposición ilegítima (especialmente cuando ponen en cuestión la titularidad y ejercicio de derechos).
- 2) Falta de capacidad vinculante de las organizaciones internacionales a la hora de tutelar los derechos que de forma más directa afectan a las personas. Esta circunstancia conjuga elementos ciertamente paradójicos y contradictorios que, uniéndolos a la falta de legitimidad democrática de la que se parte, está provocando en los últimos tiempos un sentimiento de perplejidad e indignación a los ciudadanos. Conflictos como los del Sahara Occidental, Palestina, Somalia, Irak, Afganistán... languidecen entre múltiples violaciones de los Derechos Humanos ante la pasividad de las organizaciones internacionales o, aún peor, con su intervención al servicio de

³⁷⁸ Que lanzan “mensajes y advertencias” de una influencia extraordinaria e inmediata sobre gobiernos nacionales y organizaciones supranacionales a través de entidades privadas como las últimamente omnipresentes “agencias de calificación de riesgo”, entidades que la medida que debe presidir un documento que aspire a ser considerado como científico nos obliga a asignarle el adjetivo de “controvertidas”.

intereses, siendo muy generosos, discutibles. Lo paradójico y lo contradictorio reside en que esa inoperancia a la hora de defender la plena vigencia universal de los Derechos Humanos, se torna en diligencia extrema cuando se trata de apoyar el cuestionamiento de los derechos económico-sociales al dictado de “los mercados”³⁷⁹, “mercados” a los que, cerrando el círculo de lo absurdo, se vieron absolutamente incapaces de poner freno cuando aseguraron querer hacerlo en el primer momento de estallido de las crisis.

A pesar del punto de vista crítico expresado respecto a la situación actual del entramado institucional internacional, defendemos que las organizaciones supranacionales deberían ser la herramienta fundamental en la aspiración de una vigencia universal plena de los Derechos Humanos y en la construcción de una verdadera ciudadanía global. Eso sí, dichas organizaciones deben afrontar profundas transformaciones que erradiquen las deficiencias que lastran su capacidad de responder adecuadamente a los retos señalados.

Consideramos que conceptos como la señalada “democracia cosmopolita” sostenida por David Held³⁸⁰ no deben situarse en el plano de las “utopías ingenuas”, sino que se revelan como necesidades políticas cada vez más evidentes y urgentes. El avance de la legitimación democrática de las instituciones internacionales es imprescindible para que puedan asumir las crecientes cuotas de soberanía que delegan en ellas los Estados-nación sin que la ciudadanía vea amenazados sus derechos fundamentales. Por lo tanto, en nuestro ámbito regional, no se debe perder la oportunidad de potenciar el papel del Parlamento europeo. Profundizar en la construcción política europea teniendo como base el principio democrático coadyuvará a que los ciudadanos europeos crean realmente en ese proyecto de una Europa unida y obligará a sus instituciones a priorizar las aspiraciones y necesidades reales de la ciudadanía sobre otros intereses.

³⁷⁹ Las instituciones de la UE, el FMI y organizaciones internacionales “informales” como el G-7 y el G-20 están teniendo un papel en el actual periodo de crisis que sólo la perspectiva histórica permitirá juzgar en su justa medida...

³⁸⁰ HELD, David; ob.cit.

En las instituciones de ámbito global una representación democrática directa como la del Parlamento europeo ciertamente representa mayores dificultades a corto plazo, aunque sí existen pasos totalmente viables en un futuro próximo, siempre que se cuenta con la voluntad política para ello. Por ejemplo, en la ONU es evidente que su estructura vigente, que responde al escenario inmediatamente posterior a la 2ª Guerra Mundial, ha quedado obsoleta 65 años después. Una estructura donde el poder político real se centra en un órgano, el Consejo de Seguridad, compuesto por un número muy reducido de sus miembros donde cuentan con derecho de veto las potencias vencedoras del señalado conflicto no responde a la realidad global actual y por supuesto aleja a la organización de un funcionamiento mínimamente representativo y democrático. La supresión del señalado derecho de veto, la ampliación del número de miembros del Consejo, la ampliación de las competencias de la Asamblea General a “cuestiones de soberanía”... son medidas necesarias, posibles y urgentes para una institución que, pese a todo, debe seguir siendo básica en cualquier proyecto que aspire a una gobernanza global democrática.

Otras de las instituciones supranacionales que reclaman una inaplazable regeneración democrática es el Fondo Monetario Internacional. Organización de gran peso en el panorama económico mundial, e igualmente tributaria de su origen de “posguerra mundial”, está especialmente aquejada por serios problemas de representatividad debido a que en su proceso de toma de decisiones están infrarrepresentadas las “economías emergentes” (China, India y Brasil básicamente) y directamente ignorados los tradicionales destinatarios de sus decisiones político-económicas más relevantes (los países empobrecidos). Aceptando la complejidad de unos “comicios mundiales” para la elección de representantes en esta organización internacional, una reforma en los procedimientos decisorios de la institución que corrigieran los desequilibrios descritos ya supondría un avance sustancial desde la perspectiva democrática.

Para concluir hay que hacer referencia a la necesidad de dotar de fuerza vinculante a los organismos supranacionales para la defensa de los Derechos Humanos. Para ello las vías son diversas: desde asegurar la suficiencia financiera de las mismas (la histórica morosidad de algunos

Estados miembro en sus aportaciones a la ONU, con Estados Unidos a la cabeza, ha lastrado seriamente su capacidad operativa) hasta romper con la lógica de que la simple no ratificación de un tratado por uno o varios Estados vacíe de contenido efectivo a las principales instituciones creadas para la represión de los casos violación de los Derechos Humanos más graves (como ejemplo muy esclarecedor el Estatuto de Roma que constituye la Corte Penal Internacional³⁸¹, con Estados Unidos de nuevo de triste protagonista). Situándonos en el actual contexto de crisis sistémica, consideramos que un sistema institucional supranacional regenerado democráticamente y con capacidad vinculante podría ofrecer soluciones más respetuosas con los derechos de la ciudadanía global. Poniendo un ejemplo concreto, bajo nuestro punto de vista un FMI con una representatividad equilibrada entre países enriquecidos, emergentes y empobrecidos y con poder realmente vinculante sobre instituciones nacionales e internacionales, públicas y privadas, sería una herramienta mucho más imparcial y protectora de los derechos socioeconómicos a la hora de tomar decisiones sobre la estabilidad económica mundial, de determinar una valoración ecuánime de la solvencia de la deuda soberana...que ese conglomerado de intereses privados difusos conocidos como los “mercados” y las organizaciones a su servicio (con las agencias “de calificación de riesgo” a la cabeza).

³⁸¹ La construcción de un “Poder Judicial Universal” es un elemento imprescindible para la aspiración de una capacidad vinculante de las organizaciones internacionales, tal como desarrollaremos en el próximo apartado.

II.3) LA APERTURA DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL A LA CIUDADANÍA GLOBAL.

Dentro de la segunda aspiración en la dimensión transnacional del nuevo concepto de ciudadanía, la dotación de un verdadero carácter vinculante al entramado jurídico-institucional del Derecho Internacional para hacer efectiva su función de defensa de los Derechos Humanos, la creación de una “Justicia internacional” se revela como un instrumento imprescindible.

El Poder Judicial es el último garante de la defensa de los derechos fundamentales dentro de la estructura clásica ciudadanía-Estado nación y, con las limitaciones y objeciones que se le pueden realizar, es el arma más eficaz de los ciudadanos frente a las vulneraciones de sus derechos procedentes de actores públicos y privados. De hecho, hay que reconocer que en los últimos tiempos se ha producido un reseñable proceso de universalización del acceso a la “Justicia nacional” en el que se han superado en gran medida las exclusiones del binomio ciudadanía-nacionalidad. En España, hemos comprobado que la jurisprudencia constitucional ha afirmado la especial vinculación con la dignidad humana del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, de 30 de septiembre) y del derecho a la justicia gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo y STC 236/2007, de 7 de noviembre), los dos derechos fundamentales vinculados directamente con el acceso a la “Justicia nacional”, por lo que su titularidad en España corresponde a toda persona independientemente de su nacionalidad y situación administrativa. Lo anterior no obsta a que la realidad normativa en materia de extranjería nacional (LO 4/2000 y RD 557/2011 básicamente) e internacional (con especial incidencia la Directiva 2008/115/CE, “Directiva retorno”) dificulta una plasmación real y efectiva de esa equiparación.

Sin embargo, la existencia de una “Justicia universal” que cumpla

para una ciudadanía global e inclusiva la misma función que la “Justicia nacional” respecto a la ciudadanía clásica está lejos de ser una realidad. Ciertamente existen procesos normativos e institucionales internacionales que pretenden avanzar en este ámbito: a un nivel regional el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Consejo de Europa), en su papel de garante del CEDH, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como garante del Derecho UE (y con mayor trascendencia para la materia que nos ocupa desde que la CDFUE es Derecho UE vigente) se están consolidando como instituciones judiciales supranacionales con un poder vinculante en su radio de acción competencial y territorial más que aceptable. Con proyección universal volvemos a traer a colación la Corte Penal Internacional (Naciones Unidas -Estatuto de Roma-), cuya valoración debe ser menos positiva que la realizada respecto al TEDH y el TJUE por los motivos ya expresados anteriormente y que damos aquí por reproducidos.

Partiendo de la situación descrita, para la consecución de una “Justicia universal” que cumpla satisfactoriamente con su función de garante última de la vigencia universal de los Derechos Humanos, y por ende de pilar de la ciudadanía global inclusiva, se abren dos líneas de trabajo: la normativa y la institucional.

La primera línea de trabajo a la que hemos aludido se refiere a cuales son o deben ser las normas jurídicas internacionales sustantivas que constituyan el Derecho aplicable por la “Justicia internacional”. En este ámbito debe tener un protagonismo indiscutible lo que se ha venido a llamar “estándar mínimo internacional de Derechos Humanos”, que ya señalamos que estaría compuesto por el conjunto de tratados, principios y costumbres de Derecho Internacional que contemplan las disposiciones legales internacionales de protección de los Derechos Humanos. El mismo debería considerarse que le corresponde a todo ser humano con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia y que no puede ser derogado o suspendido en ninguna circunstancia, y por lo tanto en teoría directamente aplicable por cualquier instancia judicial nacional o internacional.

El reto inicial residiría en precisar concretamente los instrumentos jurídicos internacionales que conforman este “estándar”, composición que tendría que contar con un consenso y aceptación “universal”. Quizás no sería complejo alcanzar un acuerdo casi unánime en que tratados como la Declaración Universal o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸² formarían parte del mismo, pero consideramos que ya incluso en tratados tan consolidados como el PIDESC esa unanimidad perdería fuerza. Y qué decir respecto a los llamados derechos de 3ª generación (derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente adecuado...), ya que los instrumentos internacionales en los que se basan nos pasan de ser meras declaraciones formales con escasas o inexistentes herramientas coercitivas para velar por su vigencia efectiva. Una vez superado el reto inicial de la especificación material del “estándar mínimo”, se debe afrontar uno no menor: evitar que la simple no ratificación por uno o varios Estados de alguno de los tratados que accedan a este status o la negación directa de la existencia o vigencia del mismo lo deje sin efectos prácticos.

No podemos cerrar esta alusión al contenido material de una verdadera “Justicia universal” sin tener en cuenta que debemos partir del hecho de que la configuración actual de los Derechos Humanos proviene de una visión política, jurídica y cultural casi exclusivamente occidental, que los presenta como unos conceptos cerrados y estancos en los que no hay cabida para su evolución y nuevas influencias. En aras a una verdadera universalización de la vigencia de los Derechos Humanos es imprescindible asumir una concepción de los mismos como procesos abiertos sometidos de forma constante a la revisión, a la crítica y al mestizaje. La universalidad de los Derechos Humanos no se puede establecer como el punto de partida, por el contrario es una aspiración a alcanzar tras un proceso abierto de construcción que dé entrada a valores de otras cosmovisiones y que propicie una continua revisión y crecimiento

³⁸² Aquí nos parece pertinente recordar que la simple declaración formal de inclusión de un tratado en ese “status privilegiado” no bastaría para que estos superaran todas las dificultades existentes para su vigencia plena; habría que superar resistencias como las expresadas por instituciones del nivel del Tribunal Supremo español, que como vimos en su sentencia STS 25/06/1980 -sala 4ª. calificó la universalidad de la libertad de circulación reconocida en la DUDH como una “aspiración” que no se había logrado que fuera efectiva...

de los derechos y libertades fundamentales.

Por último debemos hacer referencia a la perspectiva institucional del proyecto de una Justicia Internacional vinculante y efectiva. En este ámbito se pueden distinguir dos posturas³⁸³:

- 1) Los “estatalistas”, que principalmente parten de postulados comunitaristas y liberales. Apuestan por la justicia “entre Estados”, apoyada en un *ius gentium* renovado.
- 2) Los “globalistas”, provenientes mayoritariamente de las filas del cosmopolitismo en sus diferentes grados y versiones, que pretenden arrebatar el protagonismo a los Estados, para que la persona en sí sea el objeto de la justicia internacional. Principios de justicia universal en el marco de la ciudadanía universal e intercultural constituirían la base de su alternativa de Justicia Internacional.

El problema de mayor calado radicaría en determinar el perfil de la estructura institucional-jurídica necesaria para materializarla. En lo que respecta a la postura “estatalista”, no supondría unas dificultades insalvables, ya que todas las instituciones de carácter judicial existentes que puedan asimilarse en algún aspecto a esta pretendida Justicia Internacional responden al perfil de “justicia entre Estados”. Otra cuestión sería la base institucional de la Justicia Internacional “globalista”. De nuevo se reproducen aquí los mismos debates que surgen cuando se plantea la opción de instituciones de carácter político con poder vinculante de vocación universal: la existencia de un ordenamiento jurídico universal, la conveniencia o no de la instauración de un “gobierno mundial”..., a lo que hay que añadir la sempiterna cuestión de cómo articular la legitimidad democrática de este tipo de instituciones.

Tenemos el convencimiento de que la dirección hacia la que se debería trabajar es la constitución de una Justicia Universal de carácter “globalista”. Esencialmente porque para que exista una verdadera defensa y garantía de los Derechos Humanos debe existir un acceso directo del ciudadano a las instancias que asumen la protección de estos derechos.

³⁸³ RUBIO CARRACEDO, José; ob. cit., pp. 106 y ss.

La experiencia histórica ha demostrado que cuando los Estados aparecen como mediadores intermedios entre organismos de carácter judicial que pretenden garantizar la indemnidad de los Derechos Humanos y su titular individual, la protección que finalmente acaba recibiendo este último deja mucho que desear, cuando no termina deviniendo inexistente. Ahora bien, siendo conscientes de las extremas dificultades que en el presente y en el futuro inmediato conllevaría establecer una institución de este tipo sin en el apoyo de Estados, o al menos de una organización internacional sustentada por Estados, un primer paso sería garantizar el acceso directo real de los ciudadanos a estas instancias. Cuando hablamos de acceso directo real nos referimos a que éste no le sea vedado a ningún ciudadano por razones de origen, nacionalidad o cualesquiera otras razones personales, que no se haga distinciones por el hecho de que las violaciones de los Derechos Humanos las hayan cometido infractores de carácter público o privado, eliminación de las “draconianas” dilaciones procesales que suelen tener lugar en estos ámbitos, una cobertura de justicia gratuita adecuada...

III) PRESUPUESTOS CÍVICOS DE LA CIUDADANÍA INCLUSIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

En el ámbito del ordenamiento jurídico interno son varias las vías de trabajo, y en diferentes espacios, las que hay que transitar en aras de conseguir la deseada ciudadanía inclusiva. En las próximas líneas aludiremos a las que a nuestro juicio son esenciales junto a la integración política “universal”: la redefinición del principio de igualdad, la superación de las exclusiones en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales incompatibles con una ciudadanía verdaderamente inclusiva, el papel de la educación “cívica” en la misma y una correcta gestión de la diversidad cultural.

Como punto de partida, compartimos con Smend³⁸⁴ la consideración que sostenía ya en los inicios del siglo XX de que la integración es un principio constitucional implícito en cualquier Constitución democrática. Autores de la doctrina española contemporánea defienden que esta idea también está implícita en la Constitución española de 1978, a través de los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en su art. 1.1 y en la dignidad humana, sus derechos inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... contemplados en el art. 10 CE. De esta manera el principio “pro integración” debe orientar toda la interpretación constitucional³⁸⁵. En esta misma línea nos parece especialmente acertada la idea de que la negación de un derecho fundamental, de entrada nunca resulta proporcional a fin constitucional alguno³⁸⁶. Bajo nuestro punto de vista, lo anterior no hace inviable la posibilidad de establecer en un momento dado algunos límites en la titularidad y ejercicio de los

³⁸⁴ Ver en BRAGE CAMAZANO, J.; “Estudio preliminar. Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las Repúblicas de Weimar y Bonn”, en “R. Smend, Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán”. UNAM. México, 2005.

³⁸⁵ ESCOBAR ROCA, Guillermo; ob.cit., p. 2.

³⁸⁶ LÓPEZ PINA, A., y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; ob.cit., p.105.

derechos fundamentales, pero sí obliga a que esas limitaciones deban tener presente que existe un principio general que establece una tendencia constante a la ampliación del ámbito objetivo y subjetivo de los derechos fundamentales y que por ende el alcance material y temporal de aquéllas será siempre interpretado restrictivamente.

Aunque hemos comenzado este apartado haciendo referencia a la multiplicidad de dimensiones que intervienen en la construcción de un nuevo concepto de ciudadanía inclusiva, no es menos cierto que también se ha reiterado en los anteriores capítulos de la presente tesis que la participación y los derechos políticos han constituido y constituyen la verdadera frontera de la ciudadanía plena. En este ámbito, una apuesta decidida por la inclusión no sólo repercute en las personas y colectivos concretos a los que se abre la participación política, sino que es imprescindible para una adecuada “calidad de la democracia”.

Desde una perspectiva general, para la construcción de un sistema democrático de calidad, además del derecho al sufragio, hay que proteger las libertades de opinión, expresión y prensa, así como los derechos a la información, reunión, asociación, huelga y manifestación, desde un doble punto de vista (aparte de la justicia social y material):

- 1) Respeto, garantía y promoción por parte de los poderes públicos.
- 2) Ejercicio efectivo de los mismos por la ciudadanía, es decir compromiso cívico e implicación política por parte de los ciudadanos³⁸⁷. Ese compromiso cívico genera lo que la doctrina científica de las ciencias sociales ha definido como “capital social”, medible por la participación electoral, intensidad y densidad de la vida asociativa, y el interés ciudadano por los asuntos públicos³⁸⁸.

Por lo expuesto, si se afirma que no se puede defender que exista una democracia de calidad allí donde los ciudadanos que tienen sus derechos

³⁸⁷ DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MÁRTINEZ, Magdalena; ob.cit., p. 40.

³⁸⁸ PUTNAM, Robert D.; “La comunidad próspera. El capital social y la vida pública”. Zona Abierta n° 94/95. 2001, pp. 89-104.

políticos formalmente reconocidos no los ejercen materialmente por distintos motivos (en algunos casos con una cuota de responsabilidad de la propia ciudadanía y en otros por la falta de una verdadera promoción y defensa pública de la participación), quizás lo que en esté en cuestión sea el propio concepto de democracia en aquellas sociedades donde un porcentaje creciente de la población carece del propio reconocimiento formal de estos derechos. Es decir, difícilmente se podrá acumular un “capital social” adecuado cuando parte de la ciudadanía tiene vetado el acceso a las herramientas básicas para ello.

Consideramos que la propuesta doctrinal analizada de la ciudadanía de residencia ofrece grandes posibilidades en la dimensión política de la ciudadanía inclusiva. Para ello es necesario y urgente desvincular la ciudadanía plena de la nacionalidad y así romper la exclusión socio-jurídica en la que se encuentra un número cada vez mayor de miembros de la comunidad política. Esta última es una exigencia democrática básica, que surge incluso si residenciamos la legitimación de la participación política en un principio tan básico como el de “afectación”: los sometidos a un ordenamiento jurídico deben poder participar de forma libre, igual y plena en la formación del mismo. Posicionamientos ideológicos y doctrinales como los que se desprenden de la expresión anglosajona “no tax without vote” son tributarios directos de ese “principio de afectación”, en incluso la Historia del Derecho nos demuestra que ya en el siglo XVIII el principio tuvo su plasmación normativa: el art. 4 de la Constitución francesa de 1793 atribuía derechos de ciudadanía activa a extranjeros residentes con una mínima vinculación con el ordenamiento jurídico francés³⁸⁹.

Esta teoría nos sitúa en la tesitura de optar de forma clara por una de las concepciones sobre la adquisición de la ciudadanía. Como bien señala Zapata Barrero³⁹⁰, hay que elegir entre elaborar y consolidar una identidad cultural/nacional previa que se constituya como la vía de acceso a los derechos de ciudadanía u optar por priorizar la adquisición de esos derechos por la simple pertenencia efectiva a la comunidad, abriendo esto la posibilidad de que a posteriori se pueda acabar configurando

³⁸⁹ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; “Ciudadanía democrática, multiculturalismo...cit., pp. 3-7.

³⁹⁰ ZAPATA-BARRERO, Ricard; ob.cit., pp. 184 y ss.

una identidad cultural común (o no). Los defensores de una ciudadanía basada en la residencia se encuentran dentro de los parámetros de la segunda opción.

La alternativa de la ciudadanía de residencia ha recibido no pocas críticas provenientes de autores de diverso espectro ideológico. De esta manera, el propio Javier de Lucas señala que hay autores que defienden que las llamadas “comunidades transnacionales”³⁹¹, consecuencia del mantenimiento de lazos jurídico-políticos por los colectivos de migrantes con sus países de origen, ponen en duda la necesidad de facilitar el acceso a la ciudadanía plena de los inmigrantes incluyendo los derechos políticos, afirmando que bastaría con equipararlos en derechos civiles y sociales. Sin embargo, Javier de Lucas plantea que precisamente este tipo de fenómenos son los que ponen en cuestión la identificación de ciudadanía con el etnos y el pueblo primario, y determinan la necesidad de propuestas como la ciudadanía de residencia.

En este debate subyace una cuestión de relevancia a la hora de configurar la ciudadanía de residencia: ¿cuál es el carácter de las migraciones asociadas a la globalización?; ¿los migrantes desean volver a sus países de origen o desean establecerse de forma definitiva y que sus hijos crezcan en los países de acogida? ¿o es una migración similar a la española en los años 60 y 70 del pasado siglo, que conllevaba un proyecto de retorno una vez conseguidos los objetivos del proyecto migratorio? Asumiendo la dificultad de discernir la voluntad última que reside en cada persona migrante cuando decide emprender el camino de la migración en la actualidad, de separar sus expectativas ideales de las posibilidades reales, podríamos aventurar que en la mayoría de personas que inician un proyecto migratorio anida la aspiración del retorno una vez alcanzadas las metas económicas, sociales o políticas que lo motivaron, como en el caso de la referida emigración española. Ahora bien, igualmente la realidad nos legitima a afirmar que diversas causas conducen al abandono, voluntario o forzado, de la idea del retorno en un porcentaje también mayoritario. Tomando como referencia las señaladas motivaciones que fundamentan el proyecto migratorio y la voluntad de permanencia en la sociedad de

³⁹¹ LUCAS MARTÍN, Javier de; “La ciudadanía basada en la residencia y ...” cit., p. 26.

acogida, alguna opinión doctrinal defiende incluso una distinción entre inmigrante y residente extranjero en general, distinción que se basaría esencialmente en que al primero le impulsan objetivos económico-laborales y piensa en retornar a su país de origen una vez cumplidos los mismos³⁹². En esta clasificación se podrían encontrar argumentos para cuestionar o al menos dificultar el acceso de los “extranjeros inmigrantes” a la ciudadanía plena, ya que en teoría no tendrían una especial vocación de incorporarse a la comunidad sociopolítica como miembros activos. En esta misma línea algunos estudios demoscópicos ponen de relieve el escaso interés de los “inmigrantes” por la “política”³⁹³ y también se esgrime la escasa participación electoral de personas extranjeras con derecho a voto que ha tenido lugar en los comicios locales del pasado mes de mayo de 2011, los primeros que se han llevado a cabo tras la entrada en vigor de los nuevos tratados bajo el criterio de reciprocidad. Como a reglón seguido expondremos, de entrada una separación entre “inmigrantes” y “extranjeros en general” nos parece más que discutible. También consideramos que en ese supuesto desinterés político de las personas extranjeras influye que éstas en ocasiones viven en una lucha constante por la atención de sus necesidades más básicas, que la utilización irresponsable del fenómeno migratorio por parte de los partidos mayoritarios no invita a los principales afectados a participar políticamente y que la nula promoción y desastrosa organización por parte de los poderes públicos de las nuevas vías de participación de personas extranjeras tampoco parece mostrar una voluntad real de apostar decididamente por la misma.

Bajo nuestro punto de vista, el reconocimiento de los derechos fundamentales se debe mover más en el terreno de la configuración social real que en el de los deseos y aspiraciones. Es decir, si la realidad de las sociedades del mundo globalizado nos demuestra que existe un creciente colectivo de personas con una nacionalidad distinta a la dominante provenientes de los movimientos migratorios que forman

³⁹² GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; *Inmigración y derechos fundamentales...* cit., p. 13.

³⁹³ Un estudio de 2005 señala que tan sólo un 4% de los “inmigrantes” residentes en Andalucía entrevistados la sitúan como un tema prioritario entre sus preocupaciones. Ver en PÉREZ-YRUELA, Manuel y RINKEN, Sebastián; *La integración de los inmigrantes en Andalucía*. CSIC-IESA. Madrid, 2005, pp. 123-133.

parte de manera estable de la comunidad política, aunque en ocasiones sea en contra de su inicial proyecto de retorno, se deben articular las herramientas político-jurídicas para que estas personas puedan ejercer sus derechos ciudadanos en plenitud. Nuestra aspiración como sociedad debe ser que todo miembro efectivo de la comunidad vea reconocida la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales.

En conclusión, evidentemente a nadie se puede “obligar” a ejercer sus derechos, pero tampoco se le puede privar de los mismos por su falta de ejercicio o voluntad de ejercerlos en un momento dado. De la misma manera que en la situación político- jurídica vigente rechazaríamos que a un residente extranjero se le impusiera de forma automática sin tener en cuenta su voluntad la nacionalidad española tras residir más de diez años en España para así acceder a la ciudadanía plena, nos oponemos a que se someta a análisis si la permanencia en la sociedad de acogida de una persona inmigrante es plenamente voluntaria o está condicionada por sus circunstancias personales para el reconocimiento de sus derechos y libertades. Si una persona es parte de la comunidad política de forma estable se le deben reconocer la plenitud de derechos civiles, sociales y políticos, independientemente de que no ejerza alguno de ellos temporalmente debido a que por su situación vital no lo perciba aún como algo prioritario. A nuestro parecer, esta argumentación sería equivalente a defender la privación del derecho al voto a aquellos nacionales españoles que se abstienen reiteradamente en las diferentes convocatorias electorales por mostrar una falta de voluntad de ejercer sus derechos de participación política.

Por otra parte, algunos autores proponen que, partiendo de los Derechos Humanos como el mínimo indisponible a la hora de que los Estados-nación tomen decisiones sobre inmigración y ciudadanía, el reto reside en construir un concepto de ciudadanía inclusivo, pero respetuoso con la estructura del Estado-nación y con la “cultura societal-nacional”. Apuestan por modificar el acceso a la nacionalidad y agilizar los trámites para que las personas migrantes puedan obtener de una manera racional los permisos de residencia y trabajo, aunque reservando el papel de llave

de la ciudadanía plena a la nacionalidad del Estado de que se trate³⁹⁴.

Y, en último lugar, otros sectores doctrinales consideran que la asunción de la ciudadanía de residencia, con su desvinculación de ciudadanía y nacionalidad, conlleva un desprecio al incalculable valor del acervo histórico-cultural de los pueblos y la imposición de una suerte de “integracionismo de tabla rasa”, como han llegado a afirmar Mezzadra y Sassen³⁹⁵. Estos dos autores exponen que la propuesta de la ciudadanía de residencia no ataca los problemas de fondo que plantean las políticas migratorias y la globalización, como la violación del derecho a la libre circulación, la feminización de la pobreza... Igualmente consideran que podría llegar a convertirse en una suerte de “domesticación” de los inmigrantes, fomentando el abandono de su cultura de origen y la asunción de la del país de acogida.

No podemos compartir las críticas que vierten sobre la ciudadanía de residencia Mezzadra y Sassen. Consideramos que esta teoría doctrinal supone un corolario de las raíces, los valores comunitarios, la cultura... de toda persona nacional o extranjera residente, que son un bien tan precioso que a nadie se le debe exigir una renuncia a ellos bajo ningún concepto. Y precisamente esa es la renuncia que, desde la visión del “mito legalizado” de la homogeneidad en el que se basa la ciudadanía clásica, se está exigiendo cuando es necesario adquirir la nacionalidad del país de acogida para ser un ciudadano pleno.

De la misma manera que hemos calificado de ficción jurídica esa homogeneidad cultural, religiosa y étnica hay que admitir que en la práctica la adquisición de una nacionalidad no conlleva una automática pérdida de la cultura originaria del nacional neófito. Sin embargo, moviéndonos en el ámbito de los mitos y ficciones legales y sociales, a quién adquiere una nueva nacionalidad, y por ende renuncia a la nacionalidad originaria (salvo en los supuestos de doble nacionalidad), se le exige que asuma

³⁹⁴ RUBIO, Ana y MOYA, Mercedes; ob. cit., pp. 149 y ss. Ante esta propuesta sería también necesario cuestionar que concepción de Derechos Humanos debería imperar, en el sentido anteriormente señalado al analizar la Justicia Universal.

³⁹⁵ MEZZADRA, Sandro; Derecho de Fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización. Traficantes de sueños. Madrid, 2005, y SASSEN, Saskia; ob.cit.

simbólicamente la base político-cultural del Estado-nación de acogida y renuncie a la de su país de origen. Ésta sería la justificación ideológica de los dos primeros requisitos formales exigidos por el art. 23 del Código Civil para la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza y residencia, con la que se pretende dar coherencia teórica al “mito de la homogeneidad”:

“Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:

a) Que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes. b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24...”

A nuestro juicio, un proyecto de ciudadanía que suprimiera la nacionalidad como única vía de acceso a la plenitud de los derechos ciudadanos determinaría el equilibrio deseable en la relación entre ambos conceptos: nacionalidad y ciudadanía. De esta manera, los derechos civiles, sociales y políticos dependerían exclusivamente de la pertenencia efectiva y real a la comunidad sociopolítica, pertenencia expresada a través de una residencia estable y continuada independientemente de la nacionalidad que se ostente, mientras que la nacionalidad se convertiría en la depositaria del acervo histórico-cultural de los pueblos, y a ella se podrían vincular determinados derechos culturales. Evidentemente, los derechos culturales vinculados a la nacionalidad deberían situarse en el terreno de lo simbólico, sin que en ningún caso se puedan utilizar como vía indirecta para limitar derechos fundamentales de ciudadanos individuales o de los grupos en que se integran. En este sentido nos parece que podría ser útil para el concepto de ciudadanía inclusiva la propuesta que realiza Aláez del Corral cuando trata la doble nacionalidad: considera que sería más adecuado hablar de doble ciudadanía (una atribuida por el origen nacional y la otra por la residencia) en vez de doble nacionalidad³⁹⁶.

³⁹⁶ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía...cit. p. 133.

III.1) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CIUDADANÍA INCLUSIVA.

En la construcción de la ciudadanía inclusiva y en la superación del “sistema de castas” juega un papel capital el principio de igualdad. En el fondo de todo el debate político-jurídico respecto a la ciudadanía que hemos ido desgranando a lo largo de estas páginas subyace una pregunta básica: que si la existencia de diferentes categorías de ciudadanos con un distinto nivel de reconocimiento de derechos y libertades fundamentales se compadece con una vigencia adecuada del principio de igualdad.

Compartimos la idea de que el principio de igualdad no impone un tratamiento igualitario automático y directo para todas las personas en todos los ámbitos. Existen razones político-jurídicas que en determinados casos legitiman un mayor reconocimiento de derechos a unos ciudadanos que a otros. Partiendo de esta premisa, la discusión debe centrarse en la validez de esas razones político-jurídicas sobre las que deben basarse ese trato diferenciado.

Afirmado lo anterior, el argumento principal de nuestra tesis contra el “sistema de castas de ciudadanía” es precisamente que no existe una legitimación para el distinto reconocimiento de los derechos ciudadanos que el mismo sustenta. Y como hemos reiterado, la diferenciación que proviene de la nacionalidad nos parece especialmente infundada, ya que no compartimos la teoría de que exista una supuesta mayor vinculación y cargas de deberes para los que ostentan la nacionalidad dominante en la comunidad sociopolítica que demande un correlativo mayor reconocimiento de derechos ciudadanos. Y por lo tanto, a igual vinculación al Estado y su ordenamiento jurídico, igual reconocimiento de derechos ciudadanos.

En el principio de igualdad, reconocido a nivel “universal” en el art. 7 DUDH, podemos distinguir en realidad dos derechos diferenciados:

el de igualdad propiamente dicho y el de no discriminación³⁹⁷. El primero asegura la “igualdad ante la ley”, es decir, la interdicción del uso arbitrario del Derecho. En el derecho a la no discriminación a su vez se pueden diferenciar también dos vertientes: la negativa, que consiste en la prohibición del “daño emergente”, es decir, la imposibilidad de que ningún actor público o privado lleve a cabo acciones directamente discriminatorias por razón de sexo, raza...; y al mismo tiempo la positiva, que obliga a los poderes públicos a llevar políticas activas que permitan salir de su situación de desigualdad a los colectivos históricamente excluidos

En la Constitución española de 1978, el principio de igualdad aparece contemplado desde tres dimensiones, que a continuación enumeramos siguiendo su orden sistemático:

- 1) Valor superior (art. 1.1). Como tal informa todo el ordenamiento jurídico generado desde la aprobación del texto constitucional y obliga a la supresión de cualquier situación atentatoria contra el principio de igualdad existente en el Derecho preconstitucional.
- 2) Igualdad material y efectiva (art. 9.2): Fundamento del carácter “social” que atribuye el art.1.1 CE al Estado español, que exige una acción estatal proactiva y transformadora
- 3) Igualdad formal (art. 14): La aludida “igualdad ante la ley e interdicción del uso arbitrario del Derecho”.

De esta manera, afirmada su condición de valor superior, en el juego de los arts. 9.2 y 14 CE es donde se dilucida en gran medida la efectividad del principio de igualdad en el ordenamiento constitucional español, aunque como hemos visto en la materia que nos ocupa el art. 13 CE también tiene un papel básico en la relación entre los conceptos de igualdad, ciudadanía y extranjería.

A pesar de que sistemáticamente la igualdad formal es la última de las referencias que la Constitución realiza al principio de igualdad, ella

³⁹⁷ En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se plasma esta distinción de forma literal: su art. 20 reconoce el derecho de “igualdad ante la ley” mientras que el art. 21 hace lo propio con el de “no discriminación”.

constituye el punto de partida en este ámbito, ya que en presencia de una quiebra de la misma no se puede plantear la existencia del siguiente paso, la igualdad material³⁹⁸.

Por lo tanto, el art. 14 CE establece la igualdad formal, que hemos señalado que se concreta en la “igualdad ante la ley” y en la prohibición del “uso arbitrario del Derecho”. Sin embargo, se ha partido de que esta dimensión del principio no impide el tratamiento desigual a las situaciones desiguales. El reto se sitúa en detectar cuando el tratamiento diferenciado proviene del reiterado uso arbitrario del Derecho de los poderes públicos (STC 23/1981, de 10 julio) y cuando está justificado por la existencia de situaciones realmente distintas. Para el Tribunal Constitucional debe existir una “justificación objetiva y razonable” en la base de la distinción y como regla general será el legislador el encargado de apreciar las situaciones desiguales (SSTC 22/1981, de 2 julio, y 34/1984, de 1 marzo). Para algunos autores, a la hora de determinar el contenido del principio de igualdad lo esencial es precisar el citado “juicio de razonabilidad”³⁹⁹, ya que es el elemento imprescindible para determinar si estamos ante supuestos de hecho diferentes, acreedores por ende de diferentes consecuencias jurídicas, y también que existe proporcionalidad entre fines y medios. Resaltar que esa proporcionalidad es igualmente clave para la indemnidad del principio de igualdad: cualquier diferencia de trato debe estar tamizada por el principio de proporcionalidad para evitar incurrir en discriminación⁴⁰⁰, ya que aunque se esté ante casos objetivamente diversos, si se aplican unos instrumentos normativos y/o administrativos que no respetan la proporcionalidad igualmente se estaría vulnerando el principio de igualdad.

El art. 14 CE enumera una serie de posibles “causas de discriminación”, relación que el Tribunal Constitucional ha declarado que no puede considerarse cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, y 128/1987, de

³⁹⁸ No hace falta una indagación muy profunda respecto a la evidencia de que la situación contraria es posible, dada la desgraciadamente frecuente realidad de que derechos reconocidos en el plano formal distan mucho de tener una vigencia material y efectiva mínimamente aceptable.

³⁹⁹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique; Curso de Derecho Constitucional, vol. I. Tecnos. Madrid, 1996, p. 301.

⁴⁰⁰ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ob. cit., p. 30.

6 julio). Dos cuestiones relacionadas con el objeto de estudio de esta tesis doctoral y con el propio principio de igualdad se desprenden de la literalidad de este precepto:

- 1) En primer lugar, el art. 14 CE señala como titulares del principio de igualdad formal a “los españoles”, lo que podría determinar una interpretación donde sólo las personas con nacionalidad española fueran acreedoras de la protección derivada del principio, o al menos que el mismo pudiera ser objeto de “configuración legal” cuando se tratara de personas extranjeras. Sin embargo, la citada STC 137/2000, de 29 de mayo, situó a la igualdad formal entre los derechos fundamentales especialmente vinculados a la dignidad humana, y por lo tanto no susceptible de diferenciación por nacionalidad o situación administrativa.
- 2) Aunque esta segunda cuestión queda en gran medida resuelta por lo que acabamos de afirmar, nos parece interesante el debate doctrinal acerca de que si la causa de exclusión “nacimiento” o la genérica “otra condición o circunstancia personal” incluyen la nacionalidad. En realidad, ni siquiera se pueda afirmar con rotundidad que el “origen nacional” al que se refiere el art 2.1 DUDH incluya a las personas con nacionalidad extranjera (se puede sostener que se refiere a aquellos que adquirieron la nacionalidad del Estado en que residen de forma derivativa). Tras la “conexión” de la igualdad formal con la dignidad humana por la jurisprudencia constitucional, es plausible considerar que la nacionalidad se encuadra al menos dentro de la descrita “causa genérica”.

A pesar de lo expuesto, algunos autores siguen manteniendo que el juego de los arts. 13 y 14 CE impide que exista una igualdad formal entre españoles y extranjeros⁴⁰¹ y que la configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros permitida por el art. 13 CE representa la principal limitación del principio de igualdad en este

⁴⁰¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; *Inmigración y derechos fundamentales...*cit., p. 143.

ámbito⁴⁰². No compartimos en toda su amplitud la primera afirmación y sí que nos parece que la segunda señala con acierto la cuestión de fondo. Consideramos que, con la reiterada jurisprudencia constitucional, el art. 14 CE es aplicable a los extranjeros en pie de igualdad a los españoles. Bajo nuestro punto de vista el desequilibrio de reconocimiento de los derechos fundamentales para las personas extranjeras reside en la incorrecta aplicación por parte del legislador del “juicio de racionalidad” a la hora de distinguir situaciones objetivamente desiguales basadas en la posesión o no de la nacionalidad española. Y la descrita aplicación incorrecta proviene a nuestro juicio de un error interpretativo de base de la configuración legal del art. 13 CE, considerado por el legislador en los últimos 30 años como un “mandato genérico restrictivo” a la hora de regular los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España. Ha sido el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia el que ha tratado de corregir en cierta medida los “excesos restrictivos” de la configuración legal⁴⁰³. En la propia LO 4/2000 se puede observar la contradicción de que su art. 3.1 establece el principio de igualdad entre españoles y extranjeros en como criterio interpretativo de toda la “Ley de Extranjería” mientras que en el resto de su articulado abundan los ejemplos de exactamente lo contrario

Para analizar el aspecto material del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico español, el punto de partida debe ser el art. 9.2 CE:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁴⁰² SOLANES CORELLA, Ángeles; ob.cit., p. 77.

⁴⁰³ No siempre la jurisprudencia constitucional ha defendido la equiparación de los derechos fundamentales entre españoles y extranjeros, tal como ocurrió en la citada STC 115/1987 respecto al derecho de libertad, o sorprendentes sentencias como la STC 13/2001, de 29 de marzo, donde se realizan unas relaciones, a nuestro juicio peligrosas, acerca de probabilidades y/o presunciones a la hora de determinar la nacionalidad teniendo en cuenta perfiles raciales...

En el art. 9.2 CE se realiza un mandato directo e inequívoco al Estado para que lleve a cabo las acciones positivas que corrijan las situaciones de desigualdad que han mantenido en la exclusión a determinados grupos sociales. Y las personas que se encuentran en las últimas capas del vigente sistema de ciudadanía deben ser destinatarios prioritarios de estas políticas de “discriminación positiva”, que están destinadas a potenciar el reconocimiento de los derechos civiles, sociales y de participación política en el sentido expuesto en este trabajo. El Tribunal Constitucional ha avalado el establecimiento de desigualdades jurídicas si éstas promueven la igualdad material prevista en el art. 9.2 CE (SSTC 3/1983, de 25 enero, 14/1983 y 98/1985, de 29 julio; y más recientemente las SSTC 12/2008, de 29 de enero y 59/2008, de 14 de mayo).

En este sentido ya hemos indicado que esta perspectiva es básica para el atributo “social” que la Constitución asigna al Estado español. Este atributo conlleva una obligación “prestacional” del Estado verdaderamente transformadora para hacer efectivas la libertad y la igualdad. Nos parece muy acertada la interpretación que determina que el art 9.2 CE obliga a los poderes públicos a tener una “política de derechos fundamentales” activa para su promoción y ejercicio efectivo, superando la concepción tradicional de derecho fundamental como simple límite del poder estatal⁴⁰⁴. La efectividad de la igualdad material se extiende incluso hasta el principio de interdicción de la arbitrariedad, previsto en el art. 9.3 CE. Este principio inicialmente está más vinculado a la igualdad formal, y de la literalidad del art. 9.3 CE podría desprenderse que se circunscribe a los actos administrativos, pero la jurisprudencia constitucional ha señalado que un acto del legislador es también arbitrario si no respeta el mandato del art. 9.2 CE de promover las condiciones de igualdad real (STC 71/1982, de 30 noviembre).

En su momento se hizo referencia a la discusión doctrinal respecto a si el concepto “inmigrante” puede ser considerado como una categoría social genérica y uniforme sobre la que aplicar lo previsto en el artículo 9.2 CE para garantizar la igualdad efectiva de los “grupos en los que se

⁴⁰⁴ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio L.; La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. CEC. Madrid, 1997, p. 85.

integran” los individuos. Señalamos que esta posibilidad nos generaba dudas, ya que consideramos que el hecho de que se considere a todas las personas de origen inmigrante dentro una categoría social a la que puede identificar con unos perfiles y características comunes, aparte de no responder a la realidad en muchas ocasiones, genera ciertos estereotipos y generalizaciones que en gran medida dificultan más que favorecen la construcción de una ciudadanía⁴⁰⁵. Por ello, reiteramos en este punto lo expuesto cuando se analizó la ciudadanía multicultural: las acciones positivas de carácter inclusivo que aporten derechos suplementarios y diferenciados a los colectivos sociales que se encuentren en situaciones de exclusión mantenidas en el tiempo deben tener una carácter transitorio y desaparecer una vez conseguidos sus objetivos inclusivos. De esta manera, desde una perspectiva estrictamente funcional, se podría considerar a las personas extranjeras que se encuentran en España como “grupo” de los reflejados en el art. 9.2 CE en el sentido de que todas ellas, por una condición personal común (no ostentar la nacionalidad española), tienen reconocido un menor nivel de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales. Por lo tanto, tal como se defiende en la presente tesis doctoral, sería necesario tomar las medidas político-jurídicas necesarias para erradicar ese bajo nuestro punto de vista injustificado “status de casta ciudadana inferior”, desapareciendo esta “visión colectiva funcional” en el mismo momento en que se consiguiera superar esa desigualdad bajo el paraguas de un concepto de ciudadanía renovado verdaderamente inclusivo.

⁴⁰⁵ Desde la perspectiva de la titularidad y ejercicio material de los derechos, en las personas de origen inmigrante pueden concurrir (o no) otras circunstancias además de la nacionalidad que les dificulten su goce en plenitud y por las que podrían ser incluidas en otro “grupo”: étnicas, de género, situación socioeconómica... En este sentido nos parecen muy relevantes los conceptos de “discriminación múltiple” (Declaración ONU de Durban, 2001) y de “dimensiones superpuestas de opresión” (HERRERA FLORES, Joaquín; De habitaciones propias y espacios negados. Universidad de Deusto. Bilbao, 2005, pp. 18-19).

III.2) LA SUPERACIÓN DE RESTRICCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE RESIDENTES EXTRANJEROS INCOMPATIBLES CON UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA.

Al analizar el principio de igualdad formal “en sentido estricto”, tal como se contempla en el art. 14 CE, hemos apuntado que entendemos que su titularidad y ejercicio en España al mismo nivel por parte de los nacionales españoles y las personas extranjeras es posible incluso en el actual contexto de configuración legal de los derechos fundamentales de estos últimos, principalmente porque la jurisprudencia constitucional le ha asignado una especial vinculación a la dignidad humana.

Sin embargo, desde una perspectiva general respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España, hay que reconocer que la posibilidad de la “configuración legal” se ha traducido en la referida tendencia restrictiva de los mismos. Por lo expuesto, consideramos necesario superar esa posibilidad de “configuración legal” para que las personas extranjeras puedan avanzar de forma sustancial hacia la plenitud en la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales. En esta línea, compartimos algunos de los argumentos esgrimidos por Goig Martínez⁴⁰⁶ al rechazar la configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros. Parte este autor de la directa aplicabilidad de la sección 1ª, capítulo II del Título I CE; los derechos en ella contenidos no necesitan ser desarrollados legislativamente para ser directamente aplicables, y en caso de serlo se debe fundamentar la regulación en el contenido constitucionalmente declarado. También defiende que todos los derechos fundamentales tienen una conexión directa con la dignidad humana y deben ser atribuidos por igual a nacionales y extranjeros, y que en España se le debe atribuir esta condición al menos a la sección 1ª, capítulo II del Título I de la Constitución.

⁴⁰⁶ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; *Inmigración y derechos fundamentales...cit.*, pp. 94-96.

Por último acude a un argumento de interpretación gramatical del texto constitucional, ya que pone de relieve que la mayoría de los artículos que reconocen estos derechos fundamentales utilizan fórmulas gramaticales “neutras” para asignar la titularidad de los mismos, lo que considera un apoyo a la universalización de la titularidad de los mismos en España.

En este ámbito reiteramos que el status de los extranjeros debería determinarse desde una interpretación integral de la Constitución, acudiendo al conjunto de principios y valores reconocidos en ella. Conectado con este posicionamiento se encuentra nuestro expresado rechazo al fundamento filosófico-político último que subyace en la jurisprudencia constitucional española que distingue entre derechos fundamentales especialmente conectados a la dignidad humana y otros que no lo están; fundamento a nuestro juicio incompatible con la indivisibilidad, integridad e individualidad de los Derechos Humanos. También aludimos en su momento que esta línea jurisprudencial tiene incluso serias dificultades para encajar en una interpretación sistemática coherente de la Constitución⁴⁰⁷.

En el segundo capítulo de esta tesis doctoral se hizo referencia a algunas de las principales restricciones en la titularidad y ejercicio de derechos no políticos por parte de las personas extranjeras. Sin ánimo de reiterar lo ya expuesto, en este apartado es necesario insistir en aquellas restricciones que a nuestro juicio son más flagrantes, por la relevancia de los derechos afectados y/o por la acusada falta de un fundamento sólido que las sostengan:

- 1) Defendemos la supresión de la posibilidad de privar de libertad a personas extranjeras en un centro de internamiento de extranjeros (CIE), en el marco de un procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería (arts. 61 y ss. LO 4/2000). Y ello por la aludida contradicción de esta situación con la literalidad del art. 25.3 CE, en conexión con la consideración por parte del Tribunal

⁴⁰⁷ Ya pusimos de relieve que, aún admitiendo la posibilidad de la existencia de distintos niveles de vinculación a la dignidad, de la interpretación sistemática de la CE se desprendería que los derechos más conectados a la misma deberían ser todos los contemplados en la sección 1ª del capítulo 2º del Título 1º, ya que son a los que el art. 53 CE establece un mayor nivel de protección.

Constitucional de que el derecho de libertad se encuentra dentro del “catálogo” de derechos especialmente vinculados a la dignidad humana y con una posible vulneración del principio de igualdad. Respecto a este último, sostenemos que la previsión contemplada por la LO 4/2000 no cumple correctamente ni con el “juicio de racionalidad” exigido al legislador ni con los requisitos determinados por la jurisprudencia constitucional a la hora de establecer un trato desigual, en este caso la posibilidad de privar de libertad en un proceso sancionador administrativo a una persona extranjera no nacional UE, algo que no es posible en la caso de personas con nacionalidad española o de un país miembro de la Unión. En concreto, difícilmente se puede afirmar que en este caso se respeta la exigencia de “adecuación de los medios utilizados al fin” y de “proporcionalidad de la medida”.

- 2) Lo establecido en el art. 5 LO 4/2000 respecto a la libertad de circulación de las personas extranjeras en España es especialmente relevante, porque evidencia la insuficiencia de la doctrina de la “especial vinculación a la dignidad humana” para la construcción de una ciudadanía inclusiva. El que quede fuera del listado de derechos de “primera categoría” uno tan básico como la libre circulación la cuestiona seriamente. Y a lo anterior se une la bajo nuestro punto de vista inaceptable circunstancia de que se pueda limitar un derecho fundamental por una resolución administrativa basada en un amplísima discrecionalidad, tal como contempla este precepto.
- 3) Aunque el derecho a la vida en familia no ha cristalizado en un derecho fundamental concreto y específico, existe una práctica unanimidad en señalar su insustituible papel como pilar fundamental sobre el que se sostiene la sociedad. Desde la propia DUDH (“*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”-art. 16.3-) a la Constitución española (*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”-art. 39.1-) se consolida a la familia como institución acreedora de una protección prioritaria. Afirmado lo anterior el endurecimiento de los requisitos para la reagrupación

familiar de los residentes extranjeros en España establecido por la LO 2/2009, en concreto la necesidad de que el ascendiente de primer grado tenga más de 65 años para que sea susceptible de reagrupación (art. 17.1.d LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 2/2009), carece tan ostensiblemente de una justificación racional y legítima que consideramos que choca casi frontalmente con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

- 4) Para concluir este punto, volvemos a señalar uno de los más claros atentados contra el principio de igualdad formal contenidos en la normativa de extranjería. Bajo nuestra punto de vista no existen argumentos jurídico-políticos, ya no válidos, sino mínimamente serios, para sostener que una misma conducta, falsear los datos de una persona extranjera en el alta del padrón municipal o permitir la inscripción de un extranjero en un domicilio que no constituya su domicilio habitual real, sea considerado un ilícito administrativo si la realiza una persona extranjera o una española a favor de una extranjera, pero no cuando quien la comenta o el beneficiado por la misma ostenten la nacionalidad española. Es decir, que dos conductas antijurídicas idénticas que persigan ambas fines fraudulentos no protegidos por el Derecho serán reprimidas o no dependiendo exclusivamente de una condición personal del autor, y lo que es más sorprendente, de su beneficiario: la nacionalidad. Eso es exactamente lo que determinan los arts. 53.1.c y 53.2.d LO 4/2000 (redacción LO 2/2009). Un despropósito jurídico de este calibre tan sólo puede ser subsanado con su inmediata derogación a través de la correspondiente modificación legislativa.

III.3) LA EDUCACIÓN EN VALORES CÍVICOS COMO FACTOR ESTRUCTURAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA CIUDADANÍA.

Existen muchas voces de los ámbitos doctrinal y político que consideran que el sistema educativo debe tener como función principal la introducción de los valores y principios democráticos, en aras de crear la identidad cívica a la que hacía referencia Rawls⁴⁰⁸. Para la consecución de estos objetivos, Octavio Salazar⁴⁰⁹ defiende la necesidad de una democracia “militante” como exige en España el art. 27.2 CE para la educación, a la que se le debe exigir igualmente una función de fomento de la interculturalidad y de acogida para los que llegan y de acercamiento a otras culturas para los “autóctonos”, como necesidades que se han acentuado con el proceso globalizador.

Sin embargo, no existe un consenso unánime respecto a que la Constitución española estableciera esa “democracia militante”. Quienes sostienen la posición contraria esgrimen que es significativo que en el texto constitucional no existan contenidos “blindados” que bajo ningún concepto puedan ser modificados o derogados, tal como ocurre en la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo. En la Constitución de 1978 incluso los preceptos que reconocen los derechos fundamentales son susceptibles de ser reformados y hasta suprimidos; es cierto que sería necesario utilizar para ello un proceso de reforma agravado complejo que necesita concitar amplios consensos políticos, pero ello no supone que no sea posible que por vías estrictamente legales el ordenamiento constitucional español en teoría permita iniciativas político-jurídicas que pueden poner en cuestión el propio sistema democrático.

También se pueden encontrar pronunciamientos de la jurisprudencia

⁴⁰⁸ RAWLS, John; La justicia como equidad. Una reformulación. Paidós. Barcelona, 2002.

⁴⁰⁹ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio; Cartografías de la igualdad....cit., pp. 363 y ss.

constitucional con argumentos contradictorios respecto a la existencia o no de una “democracia militante” en España. Precisamente ha sido al tratar el derecho de educación cuando el Tribunal Constitucional se ha mostrado más proclive a un posicionamiento afirmativo, al señalar la citada función del sistema educativo como transmisor de principios y valores consustanciales a la democracia, siguiendo el mandato del art. 27.2 CE (ver entre otras las SSTC 5/1981, de 13 de febrero, y 77/1985, de 27 de junio). Por el contrario, encontramos sentencias del máximo intérprete constitucional en la que expresamente define a la democracia española como “democracia instrumental no militante” (STC 48/2003, de 12 de marzo).

Admitiendo que la existencia de un principio de “democracia militante” que informe todas las áreas del ordenamiento jurídico puede ser una cuestión abierta al debate, en lo que respecta al sistema educativo el art. 27.2 CE sí dispone de forma expresa que su objeto es “*el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”. Y esta función se ha plasmado en la legislación de desarrollo del derecho de educación. Coincidimos con Salazar en señalar que especialmente relevante en este ámbito ha sido la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que introduce muchos de los principios citados y prevé dos asignaturas, “Educación para la ciudadanía” y “Filosofía y ciudadanía”, que han de transmitir estos valores. Ambas asignaturas han tenido una fuerte contestación entre sectores religiosos y conservadores, sobre todo en lo referente a cuestiones relativas a la moral y diversidad sexual. La intensidad de la oposición a una medida legislativa que afecta exclusivamente al campo educativo pone de relieve que una posible plasmación del proyecto de la ciudadanía inclusiva en la realidad político-jurídica encontraría serias resistencias en diversos ámbitos sociales, políticos, económicos y religiosos.

En opinión de Rubio Carracedo⁴¹⁰, la educación cívico-democrática es una verdadera asignatura pendiente y un grave déficit de la democracia española. Y estas carencias no sólo se han puesto de manifiesto en la

⁴¹⁰ RUBIO CARRACEDO, José; ob.cit., pp. 142 y ss.

actualidad, sino que se arrastran desde la restauración democrática de 1978, ya que desde el propio texto constitucional, en su Preámbulo y en los arts. 9.2 y 48, se prevé este tipo de educación. Coincide con Salazar en la conveniencia de iniciativas para introducir en el sistema educativo contenidos como los previstos en las asignaturas de “Educación para la Ciudadanía” y “Filosofía y Ciudadanía”, aunque tiene bastantes reservas respecto al incidencia real y práctica que finalmente puedan tener.

Como apoyo a la educación cívico-política y también como vía para realizar servicios de interés general, Rubio aboga por la activación del servicio civil previsto en el art. 30.3 CE. Debería ser un servicio que manifiestamente atendiera a un bien público y que fuera difícil de cubrir por la iniciativa privada, por su carácter de bien público y escasa rentabilidad. Consideramos que este tipo de servicios comunitarios de obligado cumplimiento tienen un escaso potencial para inculcar el “espíritu cívico” al que se aspira, de la misma manera que el servicio militar obligatorio tenía un escaso, por no decir nulo, éxito a la hora de inculcar la conciencia del deber de “defensa de la nación”. Sinceramente creemos que deben ser otras las herramientas a utilizar, y siempre siendo el campo educativo la principal área de actuación.

Nos parece bastante interesante la afirmación con la que cierra Rubio Carracedo su reflexión acerca de la formación del espíritu ciudadano, “educar no es adoctrinar”, y la descripción que realiza del “aprendizaje de la ciudadanía”. Desde este punto de vista, la ciudadanía es un largo proceso de aprendizaje en el que intervienen factores cognitivos (la instrucción), motivacionales (volitivos) y conativos (llegar a ser ciudadano ejerciendo la ciudadanía). Tan importantes son los elementos cognitivos, como los motivacionales y conativos en la construcción de la ciudadanía. Para ejercer la ciudadanía es preciso conocer los derechos y deberes ciudadanos, que en el caso de la tradición jurídica occidental sería conocer la Constitución, pero no de una forma acrítica, como si fuera un texto sagrado; todo texto constitucional es hijo de un contexto social y por lo tanto susceptible de ser sometido a revisión cuando los cambios en el contexto sociopolítico así lo requieran.

Compartimos con estos autores que la educación y la formación en valores cívicos debe jugar un papel capital en la construcción de la ciudadanía inclusiva. Sin embargo se plantean algunas dudas de no poca importancia a la hora de llevar a la práctica la educación ciudadana, dudas que se condesan en tres cuestiones principales: el “qué”, el “dónde” y el “quién”.

Respecto a la primera cuestión, surge una respuesta casi inmediata a modo de resorte: el contenido básico de una educación ciudadana en un Estado democrático y de Derecho moderno deben ser los Derechos Humanos y la Constitución. Y es difícil no asumir esta afirmación. Pero consideramos que es una respuesta insuficiente, sobre todo si nos planteamos que nuestros ciudadanos sean formados desde la perspectiva de una “democracia militante” o si se quiere consolidar el “patriotismo constitucional” de Jürgen Habermas, lo que conlleva un “plus” más ideológico, por llamarlo de alguna manera.

En teoría, en el marco formal de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del constitucionalismo de corte occidental caben opciones político- ideológicas y proyectos de sociedad casi antagónicos, y esto de alguna manera se debe reflejar en los valores cívicos que se transmiten a los ciudadanos.

Aunque la “muerte de las ideologías” ha sido una de las teorías más extendidas en el pensamiento filosófico-político contemporáneo, contrariamente pensamos que en el mundo globalizado han surgido posicionamientos políticos (algunos de nuevo cuño, otros históricos renovados) tan alejados que incluso interpretan el fundamento y alcance de los Derechos Humanos de una manera radicalmente distinta, cuando no cada corriente ideológica defiende la necesidad de modificar el propio contenido sustantivo- material de los mismos en un sentido u otro⁴¹¹.

⁴¹¹ Por ejemplo, en la Constitución española no aparece recogido el derecho a la propiedad privada como derecho fundamental, algo que no satisface a aquéllos que mantienen posicionamientos más liberales, mientras que el hecho de que todavía no se reconozcan los denominados “Derechos Humanos de Tercera Generación” –Derecho a la paz, al desarrollo y a un medio ambiente adecuado- es motivo de reivindicación para la izquierda “altermundista”.

Afirmar que es posible diseñar una “educación ciudadana tipo” compatible con cualquier visión ideológica en la que se transmita con asepsia los principios democráticos formales y el contenido de la Declaración Universal de 1948 no se compecece con la realidad.

Con lo expuesto queremos concluir que una educación en valores cívicos para los ciudadanos no es posible que sea políticamente neutra. Irremediamente va a estar influenciada por la línea ideológica de las fuerzas políticas que democráticamente ostenten el poder y por el contexto sociológico existente en un momento determinado. Y por lo tanto es una materia especialmente propicia para el debate y la controversia, algo que no tiene por qué ser valorado negativamente. El hecho de que las decisiones políticas sobre materias “sensibles” generen polémica no debe paralizar a aquéllos que deben tomarlas. Es aconsejable intentar llegar a consensos mínimos a la hora de establecer la forma y el fondo de la educación ciudadana, pero si el consenso no es viable la solución no puede consistir en que se elimine la transmisión pública de valores dirigidos a la construcción de una ciudadanía inclusiva.

También merece una breve reflexión el “dónde” debe desarrollarse la formación ciudadana. Aunque todas las políticas públicas deben llevar aparejadas una función “didáctica” respecto a los principios básicos sobre los que se fundamenta el orden político, jurídico y social, es el sistema educativo el ámbito natural donde debe desarrollarse la educación cívica. Por ello saludamos que en las últimas reformas legislativas que han afectado a las enseñanzas secundarias se hayan introducido materias específicas de valores ciudadanos. Sin embargo no podemos dejar de señalar la gran carencia que supone el que se haya dejado a la formación universitaria huérfana de unos contenidos mínimos que desarrollen estas cuestiones⁴¹². Consideramos que la Universidad debe ser la verdadera “escuela de ciudadanía”, debido por una parte a que el grado de madurez del alumnado universitario es el más adecuado para una óptima asimilación de estos valores ciudadanos y por otra a que el nivel académico-científico del profesorado lo hace especialmente idóneo para su transmisión. La reducción de la institución universitaria a un

⁴¹² También sería muy conveniente incluir contenidos de formación cívica en la educación de adultos.

sistema de habilitación técnico-profesional es un “lujo” que una sociedad responsable no debería permitirse.

Concluimos los comentarios respecto al papel en la educación cívica en la construcción de una ciudadanía inclusiva con un elemento a nuestro juicio clave: ¿quiénes deben ser sus destinatarios? Habiendo incardinado la transmisión de «valores ciudadanos» en el sistema educativo, evidentemente la respuesta a este interrogante está íntimamente vinculada con la titularidad del propio derecho de educación. En este sentido, de lo dispuesto por el Derecho Internacional (art. 26 DUDH, art. 13.1 PIDESC, art. 28 Convención ONU Derechos del Niño...) y del ordenamiento jurídico interno español (art. 27 CE, art. 4 LO 2/2006, art. 2 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor...) se puede desprender una consolidada tendencia a la universalidad de la titularidad del derecho, con especial incidencia en la educación básica y cuando se trata de menores de edad.

El derecho de educación conlleva un fuerte componente prestacional, ya que tanto la DUDH como la Constitución determinan la gratuidad de la enseñanza básica. A nivel nacional, aunque no existe la obligación constitucional de gratuidad de la obligación postobligatoria, tanto la propia jurisprudencia constitucional (entre otras la STC 86/1985, de 10 julio) como las sucesivas leyes orgánicas de desarrollo del derecho de educación han ido extendiendo el compromiso prestacional del Estado en estas etapas no obligatorias, ya sea mediante la ampliación de los tramos de gratuidad (2º ciclo de infantil, bachillerato y formación profesional) o el sistema de becas (estudios universitarios).

En cuanto a la titularidad del derecho de educación por parte de las personas extranjeras en España, a pesar de que como hemos afirmado la DUDH, el PIDESC y el propio texto constitucional abogan por su universalidad, al menos en la etapa básica, el art. 9 de la derogada LO 7/1985 restringía el derecho de educación a aquellos *“extranjeros que se hallen legalmente en territorio nacional”*. El art. 9.3 LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000, amplió el reconocimiento del derecho de educación a las personas extranjeras en situación documental irregular, pero siempre que estuvieran dentro del margen de edad corresponde a

la educación obligatoria, por lo que excluía a los extranjeros menores de edad en situación irregular con una edad comprendida entre los 16 y 18 años, además de por supuesto de aquellos que estuvieran en las mismas circunstancias siendo mayores de edad. Con la STC 236/2007 se produjo un nuevo cambio en esta materia, ya que consideró inconstitucional exigir residencia legal para acceder a la enseñanza postobligatoria a las personas extranjeras menores de 18 años, ya que el acceso universal a la educación por parte de la menores de edad estaría está directamente vinculado a la dignidad humana.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, la LO 2/2009 modificó el art. 9 LO 4/2000 en el sentido señalado. Sin embargo, el apdo. 2º del art. 9 LO 4/2000 ha quedado con una redacción un tanto confusa respecto a la titularidad del derecho de educación por parte de los extranjeros mayores de edad. Mientras que en su primer inciso parece que abre la puerta también a una universalización en este tramo de edad, a región seguido dispone que es necesaria la residencia legal para acceder a la educación postobligatoria en igualdad de condiciones que los nacionales españoles.

Podemos afirmar entonces que entre los destinatarios de esa transmisión de valores cívicos a través del sistema educativo deben incluirse como mínimo a todas las personas extranjeras menores de edad sea cual sea su situación administrativa en España.

Teniendo en cuenta la afirmación anterior, nos parece relevante discernir el papel que debe jugar la educación cívica con estos menores de edad extranjeros que se integran en el sistema educativo español. Algunos autores consideran que esa educación cívica es una herramienta básica para la transmisión del “etnos” y el “demos” constitucional/nacional a los “nuevos ciudadanos”, proponiendo por ello la reducción de plazos para acceder a la nacionalidad a aquellos extranjeros que durante su minoría de edad hayan recibido la educación obligatoria, ya que esa transmisión del demos por la educación resta importancia a la deber de “lealtad constitucional”⁴¹³. No compartimos este enfoque en su totalidad, ya que

⁴¹³ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía... cit., p. 255.

admitiendo que la incorporación al sistema educativo de los menores extranjeros es básica para su integración social, cultural y política, por una parte ya hemos puesto en duda reiteradamente que ese supuesto “etnos” a transmitir supere la frontera de la “ficción político-jurídica” y, por otra, consideramos que en esta materia la educación cívica debe ser bidireccional (dirigida por igual a “autóctonos” y a “recién llegados”) y con el objetivo de fomentar la convivencia democrática en el nuevo entorno multicultural y plurinacional.

III.4) CIUDADANÍA Y DIVERSIDAD CULTURAL: LA GESTIÓN POLÍTICO-JURÍDICA DE LAS DIFERENCIAS.

Para cerrar el recorrido que estamos realizando por las distintas dimensiones del proyecto de una ciudadanía inclusiva distintas a la estrictamente vinculada a la participación política, debemos detenernos en algunas cuestiones esenciales relacionadas con la integración de la diversidad cultural en la misma. Un análisis específico en profundidad del impacto de la diversidad cultural en el concepto de ciudadanía excede con mucho el objeto de la presente tesis doctoral, por lo que nos limitaremos a hacer unos sucintos apuntes sin ánimo exhaustivo.

III.4.a) Gestión político-jurídica de la diversidad.

A lo largo de este trabajo hemos puesto de relieve de forma constante que el reconocimiento de la realidad del multiculturalismo en las sociedades actuales es uno de los elementos básicos en la construcción de un nuevo concepto de ciudadanía. Hemos concluido que una de las principales quiebras de la ciudadanía clásica liberal proviene de aferrarse a una inexistente y mitificada homogeneidad cultural; de hecho se destacó en su momento que la propia creación del Estado Moderno tuvo como base la fusión de Estado, cultura y nación, identificando “demos” y “etnos” e imponiendo la cultura dominante a las minorías internas. Igualmente afirmamos que con este punto de partida es complejo sostener que el Estado liberal se caracteriza por mantener una neutralidad cultural. Concluimos por tanto que si los conceptos clásicos de ciudadanía y Estado-nación tuvieron un escaso éxito en la correcta gestión de diversidad cultural originaria, la endógena, es lícito dudar de su capacidad de respuesta frente a la diversidad “exógena” generada por uno de los principales fenómenos vinculados a la globalización: las

migraciones. Por lo tanto se impone con urgencia asumir la diversidad cultural y crear estructuras político-jurídicas que permitan el ejercicio de los derechos culturales de las personas individuales y los grupos en los que éstas se integran. Pero en la nueva ciudadanía también hay que prever la otra cara de la moneda: los límites de los derechos derivados de la diversidad cultural, a los que nos referiremos en las próximas líneas.

La base para la gestión político-jurídica de la diversidad cultural es la consolidación de un derecho a una identidad diferente, derecho que aparece reconocido en el art. 27 PIDCP:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

De este artículo se podría interpretar que el citado derecho a una identidad diferente se circunscribe a las minorías internas, es decir, a las que sus miembros ostentan la nacionalidad del Estado en el que residen. Sin embargo, la Observación General nº 23 (50) del Comité de Derechos Humanos (actual Consejo) instaurado por el PIDCP reconoció que lo previsto en el citado precepto no se ceñía exclusivamente a estas minorías internas, sino que también son titulares del derecho las personas extranjeras que puedan considerarse integradas en un grupo con las características de lo que se entiende como minoría⁴¹⁴.

En el caso de España, la diversidad cultural interna es muy pronunciada desde su propio origen como Estado-nación. Uno de los principales focos de atención del proceso constituyente de 1978 (con sus antecedentes en la Constitución de 1931) fue la gestión de las cuestiones territoriales, culturales y de identidad nacional. El análisis de la “diversidad interna” en el Estado español también se escapa del objeto de estudio de la presente tesis doctoral, por lo que nos centraremos en el impacto de la “diversidad cultural exógena” en España durante los últimos 20 años.

⁴¹⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, FM.; “Protección de las minorías en el Derecho Internacional y en Europa”, en RODRÍGUEZ, M^o E. y TORNOS, A. (eds); Derechos culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes. Universidad de Comillas. Madrid, 2000.

La diversidad “exógena” representa un verdadero reto para nuestro sistema constitucional, ya que añade nuevas dimensiones a la diversidad desconocidas o de una escasa incidencia en la Historia contemporánea española: la diversidad étnica, salvo el caso de la minoría gitana, era casi anecdótica hasta bien entrados los años noventa y la religiosa había sido drásticamente erradicada con las políticas de conversión forzosa al catolicismo bajo la égida del Santo Oficio, impulsadas principalmente desde finales del siglo XV y que tuvieron como hitos más relevantes la expulsión de España de los españoles judíos en 1492 y de los españoles musulmanes en 1609. Como hemos indicado, la Constitución de 1978 intentó ofrecer herramientas para dar respuesta a las aspiraciones de las “nacionalidades” en cuanto a sus demandas de autogobierno y en aspectos como la defensa de sus lenguas propias. Sin embargo, no pudo prever que poco más de 15 años después de su entrada en vigor en España comenzaría a crecer una diversidad religioso-cultural y étnica a la que también habría que dar una respuesta adecuada.

Para afrontar los retos descritos, algunos autores apuestan por la reformulación del principio de la igualdad a la luz del multiculturalismo, lo que exigiría acciones positivas del Estado, en la línea de las establecidas por la LO 3/2007 en materia de igualdad de género. Lo anterior tendría consecuencias sobre la teoría de los derechos fundamentales con carácter general, debido a la necesidad de incorporar una perspectiva colectiva a todos los derechos fundamentales, algo ineludible para integrar correctamente la diversidad cultural en la protección constitucional de los derechos fundamentales. En este sentido ya se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 64/1988, de 12 de abril, al tratar la dimensión colectiva de la libertad religiosa. Eso sí, los que defienden esta alternativa se alejan de postulados comunitaristas o cercanos a políticas de “pilarización”⁴¹⁵.

A pesar de las necesarias modificaciones en la dirección indicada, en el ordenamiento jurídico español vigente ya se reconocen una serie de derechos para dar respuesta a la diversidad exógena generada en España

⁴¹⁵ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio; “Diversidad cultural y derechos fundamentales... cit., pp. 57-58.

por los flujos migratorios vinculados a la globalización⁴¹⁶:

- 1) Reconocimiento de la identidad religiosa a través de la libertad religiosa y de culto (art.16 CE y art. 2 LOLR).
- 2) Relación del derecho de educación con la identidad religiosa y cultural, principalmente mediante el derecho de los padres a que los alumnos reciban formación religiosa o moral según sus convicciones (art. 27.3 CE y art. 4 LODE).
- 3) Derecho a la identidad lingüística, ya que por supuesto las personas extranjeras podrán usar su lengua propia en el ámbito privado y de las relaciones sociales con libertad, como reflejo del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. En la misma línea el derecho a intérprete y traducción en juicio como manifestación de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.
- 4) El derecho a la identidad cultural vinculado a la dignidad humana (art. 10.1 CE).

Sin embargo, ya hicimos referencia a que algunas voces de la doctrina señalan que en la gestión de la diversidad también es necesario que se produzca un cierto proceso asimilación cultural del marco de principios y valores constitucionales, lo que determinará de la misma manera unos límites a la acomodación intercultural en las nuevas sociedades diversas. Aunque consideramos que la “asimilación de principios y valores constitucionales”, así como los “compromisos de asunción de deberes y sometimiento a la legalidad» a los que hace referencia en algunos de los documentos políticos de la Unión Europea analizados y en determinadas propuestas de “contrato de integración”, son más cuestiones de simple aplicación del ordenamiento jurídico que deberían estar alejadas de “prejuicios culturales”, sí consideramos relevante indagar en cual debe ser el marco en el que debe incardinarse le gestión de la diversidad y sus correspondientes límites.

⁴¹⁶ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; Inmigración y derechos fundamentales...cit., pp. 121-123.

III.4.b) Los límites de la diversidad cultural.

Estos límites quedan claramente determinados en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (ONU, 2005), que ya en su art. 2.1 establece que:

“Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales...”

El artículo 16 CE por su parte, al reconocer la libertad ideológica, religiosa y de culto establece como único límite “... el mantenimiento del orden público protegido por la ley...”, que es factible interpretarlo como una remisión a la “moralidad pública”, en el sentido del sistema de valores vigente en cada momento en una sociedad, concepto que podría conectarse con los Derechos Humanos⁴¹⁷ en un Estado como el español al que se define con los “adjetivos” y valores previstos en el art 1.1 CE.

Nos parece especialmente relevante la afirmación de Fornet-Betancourt⁴¹⁸ respecto a que el límite esencial de la diversidad es la “libertad cultural”, es decir, no ser prisionero del origen cultural, un riesgo cierto cuando se defienden postulados comunitaristas y nacionalistas extremos. La diversidad cultural debe reconocer el derecho de mantener las raíces culturales de cada persona y grupo, así como las manifestaciones públicas de las mismas, aunque tenga esa identidad cultural una implantación minoritaria o sea de reciente consolidación en la comunidad sociopolítica. Pero igualmente debe reconocer el derecho de toda persona a abandonar sus raíces culturales si así lo desea, integrándose en aquellas nuevas formas culturales que libremente elija. Este reconocimiento “en negativo” de la diversidad cultural tiene el mismo

⁴¹⁷ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “Diversidad cultural y derechos fundamentales...cit., pp. 64 y ss.

⁴¹⁸ FORNET-BETANCOURT, Raúl; “Aprender a filosofar desde el contexto de las culturas”. Revista de Filosofía nº90. 1997, pp. 365-382.

nivel de importancia que el “positivo”, sobre todo en algunas identidades culturales más “pronunciadas” donde en muchas ocasiones la cohesión y la integridad del grupo se sobrepone a la libertad individual, teniendo en la mayoría de las ocasiones una especial incidencia estas presiones sociales sobre la mujer. La “libertad cultural” en su dimensión negativa se encuentra reconocida en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos al mismo nivel que la positiva, ya que su art. 18 dispone⁴¹⁹:

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; **este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia...**”.*

Y desde un punto de vista más global, ya en el art.1 de la misma Declaración Universal se establece un pilar fundamental de esa “libertad cultural”:

*“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, **dotados como están de razón y conciencia**, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.*

Esta alusión a la “razón y conciencia” establece como hilo conductor de todos los derechos y libertades fundamentales la capacidad racional del ser humano para su libre autodeterminación. En el ordenamiento jurídico español también encontramos un concepto esencial en su norma suprema a la hora de determinar los límites de la diversidad cultural: el libre desarrollo de la personalidad. El art. 10.1 CE dispone:

*“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, **el libre desarrollo de la personalidad**, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*

De esta manera el texto constitucional pone de relieve el derecho de todo ciudadano a decidir por sí mismo los parámetros sobre los que construir libremente su proyecto vital. Evidentemente en el desarrollo de la personalidad de cada individuo tendrá una inevitable influencia el acervo cultural que le viene dado por el ámbito familiar y social en el que ha crecido y por los grupos religiosos, culturales o políticos en los que

⁴¹⁹ En el mismo sentido el citado art. 2.1 CPPDEC.

se integra en su devenir personal. Y esta influencia conlleva una riqueza referencial indispensable para todo ser humano, como ser naturalmente social. Sin embargo, el límite del aporte histórico-cultural está en la libre determinación de la persona, en la interdicción de imposiciones de valores, principios o costumbres a un ciudadano individual que no hayan sido por él mismo asumidos, aunque sean los dominantes en su cultura originaria o en la comunidad sociopolítica de la que sea miembro.

El libre desarrollo de la personalidad tiene una íntima conexión con la libertad de conciencia, fundamento de los derechos fundamentales desde las primeras declaraciones, pero no entendida exclusivamente desde la perspectiva de la libertad religiosa, sino como ese fuero íntimo del individuo a partir del cual construye su proyecto vital.

Al concluir el anterior apartado aludimos a los límites a la acomodación intercultural derivados de la asimilación del marco constitucional democrático defendidos por algunos autores. Aláez del Corral⁴²⁰ explicita cuales deberían ser algunos de estos límites:

- 1) Los derivados de las condiciones constitucionales de ejercicio de los derechos fundamentales.
- 2) Los derivados de la presencia de un ideario democrático en el sistema educativo.
- 3) Los derivados de las condiciones legales de adquisición de la nacionalidad.
- 4) Los derivados de las políticas de derechos fundamentales que lleve la mayoría política dominante en cada momento.

Teniendo como base lo dispuesto por el art. 2 CPPDEC y el art. 18 DUDH, consideramos que los Derechos Humanos y la denominada “libertad cultural” deben ser los límites últimos de la diversidad cultural. Aunque también estos límites deben recibir una interpretación verdaderamente respetuosa con la diversidad cultural. Quizás el

⁴²⁰ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito, “Ciudadanía democrática, multiculturalismo... cit. pp. 14 y ss. Ya señalamos que consideramos que algunos de estos límites se sitúan más en el ámbito del puro principio de respeto y sometimiento al ordenamiento jurídico vigente que a la materia específica de la gestión de la diversidad cultural.

concepto de libertad cultural pueda ser más aséptico y asumible desde cualquier visión cultural, pero sin embargo el de los Derechos Humanos sí que necesitaría liberarse de la hegemónica visión occidental sobre los mismos y enriquecerlos con elementos de otras culturas. Y ello no significa degradar su contenido o el nivel de exigencia de los mismos para obtener un mínimo “a la baja” asumible por todos. Por el contrario, conllevaría incorporar a la consideración de fundamentales nuevos derechos de vital importancia en otras cosmovisiones no occidentales y que han quedado excluidos hasta el momento; un ejemplo de ellos serían los mencionados Derechos Humanos de tercera generación. Y en este punto es imposible no apuntar que, como bien señala Sophie Bessis⁴²¹, quizás también ha llegado el momento de reflexionar sobre la exigente imposición por el mundo occidental de unos valores a escala planetaria, para posteriormente incumplirlos sistemáticamente.

Centrándonos en el caso concreto de España, es necesario hacer referencia a la necesidad urgente de la instauración de un verdadero laicismo estatal, para que puedan crearse unos espacios adecuados de pluralismo religioso real e igualitario. La urgencia de estas medidas proviene de que desde hace tiempo esta materia ha superado el ámbito de las discusiones teórico-doctrinales, teniendo un reflejo concreto y cotidiano en la vida social, empezando a despuntar conflictos que si no son abordados de inmediato podrían tener consecuencias imprevisibles⁴²². Lo anterior no significa que el Estado desconozca que

⁴²¹ BESSIS, Sophie; Occidente y los otros. Historia de una supremacía. Alianza. Madrid, 2002.

⁴²² Tanto en el año 2010 como en el 2011 hemos presenciado una fuerte polémica por la colisión entre derechos fundamentales como los de educación y libertad religiosa al prohibir la asistencia a clase con “hiyab” en algunos centros educativos de secundaria, escudándose en reglamentos de régimen interno que impiden “tener la cabeza cubierta en el aula”, equiparando una gorra de beisbol con el “hiyab”. Una vez más algunas instancias políticas y mediáticas no se han destacado precisamente por su “buen hacer” en el fomento de la convivencia y en el respeto a la diversidad en estos casos. Ver en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Consejo/Escolar/colegio/Pozuelo/decide/mantener/reglamento/prohibe/uso/velo/islamico/elpepusoc/20100420elpepusoc_2/Tes
http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/sociedad/un-colegio-de-burgos-veta-a-un-nina-marroqui-por-llevar-velo_704204.html

En la misma línea se sitúan la últimas propuestas normativas autonómicas impulsadas en Cataluña que van a tener como consecuencia la dificultad de abrir nuevos lugares de culto no católicos en esta CA, al introducir criterios de adecuación a las “tradiciones histórico-culturales” que deben respetar la arquitectura de estos nuevos centros religiosos. Ver en: http://politica.elpais.com/politica/2011/08/30/actualidad/1314731319_167272.html
<http://www.abc.es/20110914/comunidad-catalunya/abcp-cataluna-pone-freno-mezquitas-20110914.html>

en las cosmovisiones de muchos de sus ciudadanos el hecho religioso juega un papel central. Su función es este campo es, a través de una laicismo neutral y no beligerante, crear espacios de libertad y convivencia para aquéllos que profesan cualquier tipo de credo religioso y, al mismo nivel, para los ciudadanos que no profesan ninguno. O dicho de otra manera, que el Estado se apoye en unos principios éticos compartidos y asumibles por toda la ciudadanía que permitan a su vez que cada cual tenga su propia cosmovisión, sin que en ningún caso los poderes públicos deban responder a la de un grupo concreto de ciudadanos.

Dicho lo anterior, no podemos desconocer que tras gran parte de los supuestos conflictos culturales lo que realmente se esconde son situaciones de exclusión social⁴²³. Al inicio de esta tesis doctoral ya se defendió que en el actual sistema económico, político y jurídico estamos viviendo un proceso de “criminalización de la pobreza” en aras de justificar la situación de exclusión a la que se ven condenados un creciente número de grupos sociales, siendo el ejemplo más ilustrativo de estas circunstancias las personas encuadradas en el último escalón del “sistema de castas” de ciudadanía: las personas extranjeras en situación documental irregular. Y uno de los recursos más utilizados en esta justificación es el presentar los casos de exclusión social como conflictos de identidades culturales, en los que se residencian las razones que motivan que determinados grupos étnicos o nacionales vean de hecho o de derecho no reconocida la plenitud de sus derechos fundamentales, y lo que es aún más grave por los conflictos sociales que puede generar, que se señalan como causantes de la exclusión social que también sufren crecientes capas sociales pertenecientes al perfil étnico, nacional y cultural dominante.

En este punto de nuevo traemos a colación la propuesta de una “ciudadanía de calidad” para facilitar la integración y la convivencia multicultural. Ya señalamos que la creación de unas condiciones sociales, económicas y de participación política adecuadas para todos

⁴²³ En este sentido ver GARCÍA PASCUAL, M^a Cristina; “El velo y los derechos de las mujeres”, en ANSUATÉ-GUI, F.J., LÓPEZ GARCÍA, A., DEL REAL, A. y RUIZ, R. (coord.) Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo. Dykinson. Madrid, 2005, pp. 87-110 y SARTORI, Giovanni; La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Taurus. Madrid, 2001.

los ciudadanos, independientemente de su origen nacional, étnico o cultural, va a facilitar que los miembros de la comunidad sociopolítica que provienen de otros lugares y culturas no sean percibidos por la sociedad de acogida como una posible amenaza para su nivel socio-económico y valores culturales, desactivando así cualquier intento de justificar los problemas económicos o sociales a través de supuestos conflictos culturales.

IV) LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

Como se ha mantenido a lo largo de estas líneas, la participación política se ha erigido históricamente como la verdadera frontera de la ciudadanía plena desde una perspectiva formal, función que ha conservado hasta nuestros días. Hemos reconocido el proceso de democratización que han experimentado los derechos de participación política, mediante la supresión de las exclusiones vinculadas a la posición económica, a la raza o al género, quedando la nacionalidad como la última “llave de la ciudadanía”.

Se han analizado diversas propuestas doctrinales para superar las disfunciones que genera el actual “status quo”. Dejando a un lado aquellas teorías que consideran en general que no es necesario, o incluso contraproducente, acometer reformas que faciliten la participación política de los residentes extranjeros, son dos las vías que tienen mayor apoyo en la ciencia jurídica:

- 1) La apertura de algunos espacios de participación a los extranjeros y modificar los criterios de acceso a la nacionalidad para “democratizarlo”, pero manteniendo la nacionalidad como requisito último para el ejercicio de la dimensión política de la ciudadanía sin ninguna restricción.
- 2) La supresión de la nacionalidad como puerta de acceso al ejercicio de “todos” los derechos políticos y a la ciudadanía plena.

Ya señalamos en su momento que a nuestro juicio la segunda vía es la que ofrece unas mayores garantías para la consecución de una verdadera ciudadanía inclusiva (especialmente a través de la denominada “ciudadanía de residencia”), aunque la primera vía puede jugar un importante papel de paso intermedio hacia ese objetivo final.

Sin embargo, también hemos puesto de relieve que no sólo la estructura

jurídico- formal dificulta la universalización de la participación política. La escalada represiva de las políticas migratorias, los principios ideológicos tradicionales vinculados al Estado- nación y la propia estructura social dificultan en la práctica la acción política de las personas extranjeras, incluso en el ejercicio de los derechos que ya tienen reconocidos. Otro de los elementos que no facilita su participación es el propio modelo de democracia imperante, marcadamente representativa y separada de la sociedad⁴²⁴. La integración cívica de las personas extranjeras tendría unas condiciones mucho más favorables en modelos de democracia más participativos⁴²⁵. La presencia de esa creciente comunidad de personas sin nacionalidad española con un nivel de participación reconocido tan escaso ha puesto de relieve las deficiencias del sistema democrático en general, más allá de las políticas específicas de extranjería⁴²⁶.

La necesidad de avanzar en el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros se basa tanto en argumentos estrictamente jurídico-políticos (la situación actual ataca al principio de igualdad formal, al principio democrático y a la legitimidad institucional), filosófico-morales (dignidad humana), funcionales⁴²⁷, sociológicos (los flujos migratorios como realidad social irremediabilmente vinculada ala globalización)...

424 Cuestión de absoluta actualidad en nuestro país tras la notable movilización ciudadana exigiendo reformas en el sistema democrático, surgida tras las decisiones tomadas en el vigente contexto de crisis por los representantes políticos electos, que son valoradas por gran parte de la ciudadanía como carentes de legitimación por no tener conexión alguna con el programa electoral por el que fueron elegidos estos representantes y por no tener en cuenta la contestación social que están teniendo. Ver en: <http://www.democraciarealya.es/>

425 Se ha llegado a esgrimir como argumento contra el reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros la tendencia a una inferior participación electoral de los residentes extranjeros respecto a los "autóctonos" allí donde tienen reconocido el derecho de sufragio. Ver p.ej. en MESSINA, Anthony M.; "The political incorporation of immigrants in Europe. Trend and implications", en MESSINA, Anthony M. y LAHAV, Gallya (coord.); *The Migration Reader: exploring politics and policies*. Lynne Rienner. Boulder- CO, 2006, pp. 470-493. Ya hicimos en anteriores capítulos las correspondientes valoraciones respecto a este tipo de argumentaciones.

426 LUCAS MARTÍN, Javier de y otros; *Los derechos de participación de los extranjeros....cit.*, pp. 51 y ss.

427 "No a los impuestos sin representación", "Bueno para luchar, bueno para votar". Ver en RASKIN, Jaime; "Legal aliens, local citizens. The historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage", *University of Pennsylvania Law Review*, nº 141. 1993, pp. 391 a 441. En este sentido nos parecen muy pertinentes las voces que advierten de los riesgos de justificar el reconocimiento de los derechos en general, y los políticos en particular, de los extranjeros en argumentos funcionales-utilitaristas que ensalzan fundamentalmente la aportación de éstos a la economía o al mercado laboral de la sociedad de acogida, ya que por una parte se pueden volver en contra en contextos de crisis como el actual y por otro porque conllevarían unos fundamentos filosófico-políticos de la ciudadanía ciertamente pobres.

Además de esta distinta tipología de argumentos favorables al reconocimiento de la participación política de los extranjeros, hay autores que afirman la existencia de antecedentes históricos lejanos en la materia, incluso en épocas donde se mantenía el sufragio censitario o el femenino todavía estaba lejos de ser una realidad. Estos autores señalan que ni la Constitución francesa de 1793 ni la de Cádiz de 1812 establecían la nacionalidad como requisito imprescindible para el ejercicio de derechos políticos, ya que no vinculaban de forma estricta la ciudadanía a la nacionalidad⁴²⁸. Así, el art. 4 de la Constitución francesa 1793 establecía que:

“...todo extranjero de veintiún años cumplidos que, domiciliado en Francia por un año, viva de su trabajo, o adquiera una propiedad, o se case con francesa, o adopte un niño, o alimente un anciano; por último, todo extranjero que según el Cuerpo Legislativo haya merecido bien de la Humanidad, queda admitido al ejercicio de los derechos de ciudadano francés”⁴²⁹.

Otros posibles precedentes históricos del reconocimiento a residentes extranjeros del derecho de participación política por excelencia, el sufragio, son la Constitución soviética de 1918⁴³⁰ y las constituciones de un considerable número de los Estados de EEUU hasta 1920⁴³¹.

Situándonos en el presente, y partiendo de las conclusiones que se pueden extraer del capítulo específico que hemos dedicado a la situación del reconocimiento de los derechos políticos de las personas extranjeras

⁴²⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ob.cit., pp. 59 y ss.

⁴²⁹ Traducción española de la Constitución francesa de 1793 disponible en la página “web” oficial de la Cámara de Diputados mexicana
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf 14/11/2011

Sin embargo otros como Santolaya niegan que en la Constitución francesa de 1793 y en la de Cádiz de 1812 se llevara a cabo una desvinculación entre nacionalidad y ciudadanía y que puedan ser consideradas como precedentes del reconocimiento de derechos políticos de extranjeros. SANTOLAYA, Pablo y REVENGA, Miguel; Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio... cit., pp. 26 y ss.

⁴³⁰ Art. 64: “El derecho de votar y ser elegidos a los soviets es disfrutado por los siguientes ciudadanos, independientemente de su religión, nacionalidad, domicilio...”

⁴³¹ HAYDUK, Ron; “Democracy for all: restoring immigrant voting rights in the US”, *New Political Science*, n°. 26. 2004, pp. 499-523.

en el Derecho comparado, coincidimos con Santolaya y Díaz⁴³² al señalar que en la actualidad:

- 1) Son bastantes los países donde no se reconoce sufragio pasivo o activo a los extranjeros en ningún tipo de elecciones.
- 2) En el ámbito de las elecciones de ámbito nacional y estatal/ autonómico el panorama es bastante desolador respecto al avance en el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros, salvo escasas excepciones.
- 3) Sin embargo, si se está asentando una tendencia favorable al reconocimiento de derechos políticos en el ámbito local a nivel global. Se puede afirmar que este avance representa un paso importante en la disociación de ciudadanía y nacionalidad, y por ende en la construcción de una ciudadanía inclusiva.

Teniendo en cuenta “el estado de la cuestión” descrito, consideramos que a lo largo de la presente tesis doctoral se han presentado argumentos políticos-jurídicos lo suficientemente sólidos para defender la viabilidad de un impulso definitivo al reconocimiento pleno de la dimensión política de los residentes extranjeros, y como consecuencia de ello de la consolidación de una ciudadanía inclusiva en la que tengan cabida todas las personas que forman parte efectiva de la comunidad sociopolítica. En las próximas líneas concluiremos este trabajo de investigación realizando algunas propuestas de modificaciones normativas concretas para alcanzar el objetivo señalado en nuestro entorno más cercano: Unión Europea y Estado español.

⁴³² SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros...cit., pp. 119 y ss.

IV.1) LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA CIUDADANÍA EUROPEA A TODOS LOS RESIDENTES EN LA UNIÓN EUROPEA, CON INDEPENDENCIA DE SU NACIONALIDAD.

Se ha afirmado que la ciudadanía europea, a pesar de que puede ser acreedora de un nivel de crítica considerable, atesora la indiscutible virtud de ser la primera plasmación político-jurídica de una ciudadanía de ámbito transnacional. Para ello se ha conseguido establecer, con un alcance regional, una titularidad y ejercicio de derechos fundamentales tan íntimamente vinculados a la soberanía de los Estados-nación como los políticos o los de libre circulación/residencia con una desconexión aunque sea parcial de la nacionalidad.

Sin embargo, también hemos destacado las señaladas carencias de la ciudadanía europea. Algunos autores como Jürgen Habermas consideran que el proceso de construcción europea en general y la ciudadanía europea en particular adolecen de la ausencia de un norma de carácter constitucional, otros por su parte desde su visión del concepto de ciudadanía ponen de relieve como grave disfunción de la europea la ausencia de “deberes ciudadanos”⁴³³... Bajo nuestro punto de vista tres son las grandes dificultades a las que se enfrenta la ciudadanía europea:

- 1) La debilidad de las instituciones clave de la Unión para dotar de “fortaleza política” a la misma. Por una parte el Parlamento europeo, que debería ser el soporte básico para la democratización real de la UE, sigue teniendo un papel secundario, a pesar de que su posición fuera reforzada por el Tratado de Lisboa. Por otra parte, los mecanismos “comunitarios” destinados a la protección de los derechos vinculados a la ciudadanía europea han mostrado una gran debilidad ante las presiones de algunos Estados miembro para preservar sus intereses nacionales, como en el caso de la flagrantes

⁴³³ ALÁEZ DEL CORRAL, Benito; Nacionalidad, ciudadanía.... cit., p. 251.

restricciones al derecho de libre y circulación y residencia que han sufrido en los últimos tiempos los ciudadanos rumanos y búlgaros de etnia gitana principalmente.

- 2) En el ámbito de la participación política la ciudadanía europea no ha conseguido entrar en el “corazón” de la soberanía del Estado-nación: el derecho de sufragio en procesos electorales nacionales y estatales/autonómicos.
- 3) No ha conseguido romper completamente con el vínculo nacionalidad-ciudadanía, ya que para ostentarla sigue siendo necesaria la condición de nacional de uno de los Estados miembro.

A pesar de lo anterior, consideramos que existen vías para superar estos retos de la ciudadanía europea a través de propuestas político-jurídicas perfectamente plausibles, algunas de ellas ya tratadas en el propio seno de la Unión. En las próximas líneas aludiremos brevemente a ellas.

Respecto al fortalecimiento de las instituciones de la UE vinculadas a la ciudadanía, consideramos que paradójicamente el actual contexto de crisis social y económica podría llegar a favorecer el necesario impulso político para llevar a cabo las modificaciones en el ordenamiento jurídico de la UE necesarias para ello.

Uno de los principales obstáculos que se suele poner de relieve a la hora de valorar, por ejemplo, una reforma del Parlamento europeo para ampliar su peso en el procedimiento normativo y de toma de decisiones políticas de la Unión y con ello dotar de un mayor carácter democrático a la misma, es que dicha reforma debería operarse por el complejo proceso de revisión ordinario previsto en el art. 48.2 TUE, lo que teniendo en cuenta el fallido “tratado constitucional” y los serios apuros sufridos por el Tratado de Lisboa, representa un elemento ciertamente disuasorio. Pero desde que los síntomas de la crisis sistémica vigente comenzaron a hacerse evidentes en el año 2008, son cada vez más numerosas las críticas a la inoperancia de las instituciones europeas para una correcta gobernanza política-económica de la UE en general y de la conocida como “zona euro” en particular. A modo de alternativa se están consolidando propuestas para que estas instituciones asuman definitivamente un papel

vinculante que supere las disfunciones generadas por los frecuentemente contrapuestos intereses nacionales de cada Estado miembro. Las reformas necesarias para ello igualmente tendrían que instrumentarse a través del proceso ordinario del art. 48.2 TUE, pero la gravedad de la situación puede facilitar los consensos políticos imprescindibles.

En el escenario descrito consideramos que se abre una gran oportunidad para promover el avance de la democratización de la UE y de un sistema institucional eficaz de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de ámbito europeo, por razones formales-prácticas y filosófico-políticas. Los argumentos formales-prácticos residen en que sería mucho más sencillo introducir estas modificaciones en un proceso de reforma amplio de los tratados de la UE que instrumentar uno específico para ellas. Y los filosófico-políticos en que un aumento significativo de las competencias de la UE que no vaya acompañado de un correlativo fortalecimiento del principio democrático y de la protección de los derechos fundamentales puede incrementar peligrosamente el sentimiento de desafección hacia la Unión que anida en un porcentaje creciente de la ciudadanía europea.

En cuanto a la ampliación de los derechos políticos reconocidos a través de la ciudadanía europea al ámbito nacional y estatal/autonómico, ya señalamos en su momento que el elemento principal en este ámbito reside en la “gestión” de la cuestión de la soberanía y su vinculación con conceptos como pueblo o nación, y con ello decidir si es aceptable que personas extranjeras puedan participar en el ejercicio de la soberanía. Se ha expuesto reiteradamente en estas líneas que al tratar la cuestión de la soberanía en muchas ocasiones suelen prevalecer los argumentos con un carácter más político-ideológico que jurídico⁴³⁴. Partiendo de las resistencias que una iniciativa de este calado genera, consideramos que sería viable plantear la posibilidad de que ostentar la ciudadanía europea permitiera participar en las elecciones generales y estatales/autonómicas de todos los Estados miembro. Se han señalado algunos

⁴³⁴ En este sentido se destacó en capítulos anteriores la Resolución 1459 (año 2005) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, donde se afirma que el sufragio en las elecciones generales debe estar ligado “en general” a la nacionalidad por los posibles “conflictos de lealtad” que al residente extranjero se le puedan plantear entre el país del que es nacional y el de residencia.

precedentes que apuntan hacia esta dirección:

- 1) En el ámbito institucional específico de la UE, el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento europeo en relación con el 4º Informe sobre la ciudadanía de la Unión (2005/2060 INI), conocido como “informe Catania” al ser su ponente Giusto Catania, que propone a los Estados miembro que estudien la posibilidad de extender el sufragio activo y pasivo a los ciudadanos europeos en las elecciones regionales y nacionales.
- 2) Entre los Estados miembro es muy relevante el caso irlandés, que permite a los nacionales de los Estados UE participar en las elecciones parlamentarias (bajo criterios de reciprocidad).

De esta manera, siguiendo el ejemplo de Irlanda, sería posible que todos los ciudadanos europeos pudieran participar en elecciones generales y regionales de todos los países de la Unión si cada uno de éstos llevara a cabo individualmente las reformas necesarias en su ordenamiento interno para ello y después asegurara la reciprocidad con los otros 26 vía ley o tratado.

A nuestro juicio, es mucho más lógico y coherente afrontar una modificación de la ciudadanía europea en la que se amplíen los derechos políticos para posteriormente, en un proceso ordenado e impulsado por las propias instituciones de la Unión, los Estados miembro procedieran a ratificar esa reforma y a llevar a cabo la adaptaciones necesarias en sus respectivos ordenamientos internos, en la línea de lo que ocurrió con el Tratado de Maastricht. Por supuesto que sería un proceso “laborioso” política y jurídicamente, pero creemos que podría tener cabida en esa posible reorganización más amplia de las instituciones europeas a la que hemos aludido.

Por último, la cuestión de la participación política de los residentes de terceros países ha sido una cuestión debatida en el seno de la UE, tal como se analizó en el capítulo correspondiente. En este ámbito se han llevado a cabo una serie de propuestas políticas e incluso avances en el terreno normativo y jurisprudencial que consideramos que pueden ser útiles para el reconocimiento de la dimensión política de estas personas.

Dentro de las propuestas políticas consideramos destacable la propuesta de reconocer una “ciudadanía cívica” a los residentes de terceros países de larga duración⁴³⁵. Aunque valoramos como más adecuada la interpretación del CESE respecto a la ciudadanía cívica (pretendía que se equiparara a la europea) que la de la Comisión Europea (status privilegiado de los residentes de terceros países asentados más establemente en la UE, pero sin alcanzar los derechos vinculados a la ciudadanía europea)⁴³⁶, apostamos por no crear nuevos conceptos jurídico-políticos específicos para extranjeros, aunque se le asignen derechos equivalentes a la ciudadanía europea, y abrir directamente a las personas extranjeras que residan establemente en la UE el acceso a la titularidad de esta última⁴³⁷. De esta manera se rompería con la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía en el ámbito de la Unión, lo que significaría un sustancial paso adelante en la construcción de una ciudadanía en el ámbito transnacional. En esta línea de nuevo hay que destacar el “informe Catania”, donde se proponía la extensión del derecho al voto en las elecciones municipales a los nacionales de terceros países y apátridas que hayan residido en un Estado miembro un periodo mínimo de 5 años.

Ya en el ordenamiento jurídico UE vigente, es reseñable que el art. 227 TFUE disponga respecto al derecho de petición ante el Parlamento europeo:

“Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar...”

A pesar de que en su momento pusimos de relieve la escasa relevancia práctica de este derecho, sin embargo, tal como ocurre en el ordenamiento español con el derecho de petición, el reconocimiento del mismo a los

⁴³⁵ Comunicación de la Comisión Europea del año 2000 (COM-2000-757, de 22 de noviembre) y Dictámenes 365/2002, 593/2003 y 1169/2006 del Comité Económico y Social Europeo -CESE-.

⁴³⁶ Ya adelantamos que la Directiva 2003/109/CE optó en cierta medida por la segunda opción, al reconocer ciertos derechos para los residentes extranjeros de larga duración (con una residencia superior a los 5 años).

⁴³⁷ Reivindicación consolidada en la sociedad civil europea. Ver en: http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=770&Itemid=63 14/11/2011.

residentes de terceros países muestra la viabilidad político-jurídica de ampliar esta posibilidad al resto de derechos vinculados a la ciudadanía europea.

Por último es imprescindible hacer referencia de nuevo a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/09/2006 en el caso C-145/04 (Reino de España vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) y la también de 12/09/2006 en el caso C-300/04 (M.G. Eman y O.B. Servinger vs College van burgemeester en wethouders van Den Haag). En ambas el TJUE señaló que es posible que un Estado miembro extienda el derecho de ser titular del sufragio en elecciones europeas a no nacionales de la UE, y que por ende es compatible el concepto de ciudadanía europea con la participación política de residentes extranjeros de terceros países.

Reiteramos que esta jurisprudencia supone un acercamiento a las tesis que defienden la progresiva desvinculación entre ciudadanía y nacionalidad y una demostración respecto a que el Derecho de la Unión Europea, en coordinación con los ordenamientos internos de sus Estados miembro, dispone de los instrumentos jurídicos necesarios para un reconocimiento pleno de la dimensión política de los nacionales de terceros países. Igualmente señalamos de nuevo que lo dispuesto en la Declaración 1/1992 del Tribunal Constitucional respecto a que las instituciones de la Unión Europea son las competentes para determinar quienes tienen derecho a participar en las elecciones europeas queda cuestionada por estas sentencias, por lo que consideramos que reconocer la posibilidad de participar en España en los comicios europeos a nacionales de terceros países es una cuestión abordable desde el ordenamiento español, tal como ocurrió en Reino Unido. Nos situamos entonces en el terreno de la voluntad política a la hora de afrontar las modificaciones normativas necesarias para alcanzar este objetivo en el Estado español.

IV.2) LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA UNIVERSAL COMO REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA CIUDADANÍA INCLUSIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Uno de los argumentos centrales de nuestra tesis es la necesidad de avanzar en la universalización real de la participación política en aras a la consecución de un nuevo concepto de ciudadanía de carácter inclusivo. Concluimos nuestras propuestas sobre esta ciudadanía inclusiva con las reformas que, bajo nuestro punto de vista, sería necesario llevar a cabo en el ordenamiento jurídico español para un reconocimiento pleno de la dimensión política de los residentes extranjeros en España.

Antes de analizar la perspectiva jurídica de la materia, creemos pertinente hacer una referencia sucinta a la sociopolítica; principalmente a la valoración que les merece a los nacionales españoles la posibilidad de que sus conciudadanos de nacionalidad extranjera accedan a un mayor nivel de titularidad y ejercicio de derechos políticos y a la propia percepción de los últimos sobre esta posibilidad.

Consideramos muy significativa la amplia aceptación entre la ciudadanía española que tendría la ampliación del derecho de sufragio de los residentes extranjeros en España. Este apoyo se ha mantenido en el tiempo, incluso en el actual contexto de crisis en el que están calando discursos de rechazo a otros aspectos relacionados con los flujos migratorios. Según el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), en 2005 el 60,8% de los españoles apoyaban la participación de personas extranjeras en las elecciones municipales y el 53,4% en las generales, cifras que prácticamente se repetían en el año 2009 (61,2% para las municipales y 52,3% para las generales)⁴³⁸. Por lo tanto, en una cuestión que afecta

⁴³⁸ Ver en el Barómetro del CIS de noviembre de 2005 y en el estudio del CIS "Actitudes hacia la inmigración III" (2009): http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2620_2639/2625/e262500.html 14/11/2011 http://217.140.16.67/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2800_2819/2817/e281700.html 14/11/2011

a una materia tan sensible como la soberanía parece que la ciudadanía española se muestra mayoritariamente proclive a facilitar la participación de los residentes extranjeros en el gobierno de la comunidad de la que efectivamente forman parte. Esta circunstancia debería coadyuvar a que se genere la voluntad política imprescindible para impulsar los cambios normativos necesarios para la consecución del objetivo descrito.

Dentro de este acercamiento “sociológico”, hemos hecho referencia a la actitud de los residentes extranjeros frente a la opción de ver ampliados sus derechos políticos. En este punto parte de la doctrina ha puesto de relieve la baja participación de los extranjeros con derecho de sufragio reconocido en las elecciones locales en España, en concreto los noruegos y los ciudadanos europeos (a los nacionales de los países que se han suscrito los nuevos tratados bajo el criterio de reciprocidad nos referiremos de inmediato), tal como hemos señalado que ocurre en otros países de nuestro entorno⁴³⁹. Algunos de estos autores defienden que esta alta abstención es un reflejo de que los propios residentes extranjeros no consideran una prioridad la participación política en su “país de acogida”. Por nuestra parte reiteramos el convencimiento de que esta circunstancia tiene su explicación en mayor medida en la ausencia de una verdadera voluntad política de fomentar la participación de esta población⁴⁴⁰ y a que la participación política es un factor clave, pero no el único, en la construcción de una ciudadanía inclusiva.

⁴³⁹ MÉNDEZ DE LUGO, MÓNICA; “El reconocimiento del derecho a la participación política de los inmigrantes: Algunas experiencias”. Revista Derechos y Libertades. Nº18. Época II. 2008, pp. 141-160, p. 150.

⁴⁴⁰ Muy ilustrativo de esta ausencia de voluntad política fue lo acontecido en la elecciones municipales 1995: a pesar de estar en vigor el Tratado de Maastricht, operada la reforma del art. 13.2 CE y en vigor en la Directiva 94/80/CE, no pudieron participar los ciudadanos UE en las mismas porque la trasposición de la citada directiva al Derecho español no llegó hasta la LO 1/1997. La Sala de lo Contencioso-Advo. del TSJ Valencia, en su sentencia 509 de 28/06/1995, llegó a reconocer el derecho de sufragio local a dos ciudadanas francesas por aplicación directa del art. 8.B.1 del Tratado UE ante la pasividad del Gobierno español a la hora de tomar las medidas legislativas necesarias. Y no sólo fue algo que aconteció en España, ya que la Comisión UE comenzó 11 procesos de infracción en 1996 contra otros tantos países por los retrasos en la trasposición de la directiva, llegando incluso el TJUE a condenar a Bélgica mediante la sentencia C-323/97 de 09/07/1998 por la persistencia en el retraso de la trasposición. Ver en IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., pp. 83-84.

IV.2.a) Propuestas de reforma para la ampliación del derecho de sufragio a todos los residentes extranjeros en España.

A nuestro juicio se ha justificado suficientemente que el actual contexto constitucional/normativo de reconocimiento del derecho de sufragio a los residentes extranjeros en España es ostensiblemente mejorable porque:

- 1) La suscripción de tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad es un instrumento poco ágil que puede retrasar ostensiblemente el ejercicio efectivo de los derechos políticos.
- 2) Perpetúa el criticado “sistema de castas de ciudadanía”.
- 3) Es susceptible de ser utilizado más como una herramienta de la política exterior española que como un reconocimiento de derechos ciudadanos.
- 4) Se ciñe exclusivamente a la participación en la vida política municipal, cerrando la posibilidad de reconocer derechos electorales en los ámbitos autonómico y estatal.

Por todo lo anterior, se evidencia la necesidad de explorar nuevas vías político-jurídicas que vayan más allá del “status quo” vigente. Además de las propuestas jurídicas específicas de reforma a las que aludiremos seguidamente, es imprescindible realizar algunas precisiones sobre la exigencia de reciprocidad a través de la suscripción de tratados internacionales o por la “vía legal”, única posibilidad que el art. 13.2 CE deja abierta para que los extranjeros puedan acceder a los derechos reconocidos en el art. 23 CE.

Hemos puesto de relieve que tanto en sede parlamentaria⁴⁴¹ como en el propio Consejo de Estado⁴⁴² se ha cuestionado seriamente esa vía. En la

⁴⁴¹ Las analizadas proposiciones de ley orgánica de 2005 y 2008 afirmaban que “El mayor obstáculo para que los inmigrantes puedan acceder al sufragio es la exigencia constitucional de la reciprocidad...”

⁴⁴² El informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general de 24/02/2009, aunque no impugna radicalmente el criterio de reciprocidad, se inclina por “gestionarla” sin tratados internacionales, estableciendo por ley unos criterios básicos de reciprocidad no estrictos, siendo el Gobierno el responsable de valorar si en cada caso concreto se cumplen éstos.

doctrina también existe una opinión mayoritaria respecto a que el actual marco jurídico no es el más adecuado para avanzar sustancialmente en el reconocimiento de los derechos de sufragio de los residentes extranjeros. Sin embargo, dentro de ese punto de vista mayoritariamente crítico, hay autores que defienden una postura “reformista” que, manteniendo la reciprocidad como la base a la hora de ampliar el derecho de sufragio de los extranjeros, proponen una mayor voluntad política a la hora de impulsar la aprobación de tratados internacionales y una reforma de la LOREG que clarifique la condiciones de la reciprocidad⁴⁴³. Otros sectores de la doctrina rechazan de plano la exigencia de reciprocidad, por su señalada ineficacia por una parte, y por otra porque dado el aumento de la inmigración en España y de la diversidad de nacionalidades que la componen, se fomenta la creación de una pluralidad de regímenes jurídicos respecto al ejercicio de los derechos políticos, lo que dificulta una verdadera integración sociopolítica igualitaria⁴⁴⁴. Estamos más cercanos a esta segunda postura doctrinal.

Ante este panorama, se intensifican las propuestas que apuestan por la progresiva desvinculación entre nacionalidad y ciudadanía. Vimos en los anteriores capítulos como la “desconexión” ha tenido recientemente su reflejo en el ordenamiento jurídico español, pero desde su vertiente negativa: la LO 2/2011 modificó el art. 2.3 LOREG para privar a los nacionales españoles residentes en el exterior de su derecho de participación en las elecciones municipales, ya que es difícil justificar la conexión política cuando existe una desvinculación personal, social, cultural y económica prolongada con el país de origen. Desde la perspectiva positiva, se van imponiendo gradualmente las posturas cercanas a la ciudadanía de residencia; así algunas voces en la doctrina apuntan que los extranjeros que accedan a la titularidad de un permiso de residencia, incluso temporal, deberían tener acceso directamente a la participación electoral⁴⁴⁵.

⁴⁴³ SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María; El sufragio de los extranjeros...cit., pp. 119-121.

⁴⁴⁴ ROSA, F. Esteban de la; ob.cit., p. 154.

⁴⁴⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ob.cit., pp. 156 y ss.

En esta línea algunos autores dan el paso de proponer nuevas redacciones del art. 13.2 CE para superar las disfunciones provocadas por la exigencia de reciprocidad: unos consideran necesaria la supresión completa de este apartado, otros defienden que bastaría con suprimir el concepto “reciprocidad”⁴⁴⁶. Reproducimos a modo de ejemplo la propuesta de Ibáñez⁴⁴⁷ para un nuevo art. 13.2 CE:

“Los extranjeros podrán ser titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, en virtud de lo dispuesto en tratado o ley”.

Tras esta aproximación inicial haremos referencia a las modificaciones normativas necesarias para la universalización del derecho de sufragio a nivel municipal, autonómico y estatal, así como para facilitar el acceso de los residentes extranjeros a la titularidad plena de derechos de participación política como la creación de partidos políticos, entre otros.

Nivel municipal.

Es de justicia señalar que en este ámbito se ha producido un cambio sensible con la entrada en vigor de los nuevos tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad. En el apartado específico que dedicamos a los mismos se les valoró como un paso adelante en comparación con la primera fase de tratados que tuvo lugar entre finales de los años ochenta y principios de los noventa. Sin embargo, también indicamos que esta vía no es adecuada para la consecución de una verdadera ciudadanía inclusiva; tanto desde el punto de vista político-jurídico (no cuestiona el actual marco constitucional-normativo) como en el terreno práctico.

Analizando este segundo aspecto, y tomando como referencia las recientes elecciones municipales de mayo de 2011, podemos calificar de rotundo fracaso al proceso de suscripción de nuevos tratados bajo el criterio de reciprocidad desde la perspectiva del avance material del ejercicio de los derechos políticos por parte de los residentes extranjeros en España.

⁴⁴⁶ SOLANES CORELLA, Ángeles; ob.cit., p.92.

⁴⁴⁷ IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio; ob.cit., p. 82.

La anterior afirmación se fundamenta en el exiguo porcentaje del ya de por sí reducido número de potenciales nuevos votantes⁴⁴⁸ que finalmente tuvieron la oportunidad efectiva de ejercer el derecho de sufragio activo en los pasados comicios municipales. No faltarán las voces que vean en esta situación una prueba más de la falta de interés por parte de la población extranjera en la participación política, aunque por nuestra parte consideramos que en este caso ha tenido una influencia mucho mayor la desastrosa gestión administrativa del proceso por parte de las instituciones públicas competentes en la materia.

De la criticada gestión existen pruebas documentales tanto de público y general conocimiento como otras a las que se ha tenido acceso a través de nuestro trabajo en el ámbito de la sociedad civil. El pasado mes de junio de 2010, tres organizaciones no gubernamentales⁴⁴⁹ integradas en la plataforma “Todos iguales, Todos ciudadanos” ejercieron el derecho de petición previsto en el art. 29 CE ante la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración para recabar la siguiente información: el número de residentes de larga duración en España mayores de 17 años que fueran nacionales de los países con los que se estaban suscribiendo los nuevos tratados. Esos datos serían un reflejo bastante aproximado de los residentes extranjeros que cumplirían los requisitos para poder tener derecho por primera vez a participar en unas elecciones municipales en mayo de 2011 (mayores de 18 años y con más de 5 años de residencia en España). Dicha Secretaría de Estado respondió con escrito de fecha 22 de julio de 2010, aportando los siguientes datos respecto a los nacionales de países cuyos tratados finalmente estaban en vigor cuando se cerró la elaboración del Censo Electoral de Residentes Extranjeros en España (CERE) de cara a dichos comicios⁴⁵⁰:

⁴⁴⁸ Dado que por una parte los nuevos tratados dejan fuera comunidades de residentes extranjeros en España tan significativas como la marroquí y la china y por otra imponen unos requisitos tan estrictos como la necesidad de tener un tiempo de residencia en España superior a los 5 años.

⁴⁴⁹ La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía -APDHA-, la Federación Andalucía Acoge y la Asociación Cooperación y Desarrollo con el Norte de África -CODENAF-.

⁴⁵⁰ Se adjuntan en el anexo documental copias del escrito ejercitando el derecho de petición por las entidades señaladas y la correspondiente respuesta de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

País*	Residentes de larga duración mayores 17 años a 31/03/2010
Bolivia	8.165
Cabo Verde	1.406
Chile	8.298
Colombia	79.297
Ecuador	146.610
Islandia	1
Nueva Zelanda	63
Paraguay	958
Perú	44.202

*No se solicitaron los datos correspondientes a los nacionales de Noruega, ya que el interés se centró en los países con los que se estaban suscribiendo los nuevos tratados.

Por lo tanto, en julio de 2010 el Gobierno de España cifraba en unos 289.000 los potenciales nuevos electores nacionales de estos países y que cumplieran los requisitos exigidos. El primer elemento que a nuestro juicio pone de manifiesto la desorganización que ha presidido este proceso es la ostensible diferencia entre el número de personas que estimaba el Ministerio de Trabajo e Inmigración que podrían incorporarse como votantes en julio de 2010 (las señaladas 289.000) con el que tan sólo 4 meses después el Oficina del Censo Electoral contabilizó (350.135)⁴⁵¹ y con el número total confirmado tras cerrar el proceso de formación del CERE (350.287)⁴⁵². Aún teniendo en cuenta que los datos facilitados por el Ministerio en el mes de julio eran a fecha de 31 de marzo, y por lo tanto siendo factible que en el mes de noviembre se hubieran producido algunas variaciones en las cifras, consideramos llamativo que en tan corto espacio de tiempo se triplicara el número de nacionales bolivianos con permiso de residencia de larga duración o que el de paraguayos se multiplicaron por cuatro, tal como se puede comprobar en la siguiente tabla elaborada con los referidos datos proporcionados por el INE:

⁴⁵¹ Ver en nota de prensa del INE de 24/11/2010. <http://www.ine.es/prensa/np630.pdf> 14/11/2011

⁴⁵² Datos proporcionados directamente por el INE a la plataforma "Todos iguales, todos ciudadanos". Se adjunta en el anexo documental copia del correo electrónico remitido el 01/02/2011 por el INE a la federación Andalucía Acoge, entidad que ostentaba las labores de secretaría en dicha plataforma.

País	Comunicaciones enviadas	Electores inscritos	% inscripción
Bolivia	27.502	4.209	15,3%
Cabo Verde	0	22	-
Chile	10.078	1.131	11,22%
Colombia	95.192	11.195	11,76%
Ecuador	168.639	22.213	13,17%
Islandia	152	24	15,79%
Noruega	6.027	790	13,10%
Nueva Zelanda	148	31	20,95%
Paraguay	4.305	574	13,33%
Perú	38.244	5.365	14,03%

Las posibles discrepancias de cifras entre la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y el Instituto Nacional de Estadística no han sido las únicas deficiencias en este proceso. Por Resolución de 15 de octubre de 2010 de la Oficina del Censo Electoral (BOE nº 268 de 05/11/2010) se estableció el procedimiento de incorporación al CERE de los nuevos votantes, proceso que incluía el envío de una comunicación a aquellas personas extranjeras respecto de las que se tenía constancia que cumplían los requisitos establecidos en los tratados (aunque también podían impulsar su inscripción aquellas otras que sin haber recibido dicha comunicación consideraran que reunían las condiciones necesarias), y otra serie de trámites administrativos a instancia de parte en un plazo que iba del 1 de diciembre de 2010 al 15 de enero de 2011. El nivel de descoordinación entre las administraciones que intervenían en el proceso y la inexistencia de una campaña de información institucional determinaron que se tuviera que ampliar el plazo de inscripción inicial del 15 al 25 de enero (Orden EHA/3/2011, de 13 de enero de 2011 del Ministerio de Economía y Hacienda, BOE nº14 de 14 de enero de 2011)⁴⁵³.

A pesar de la señalada ampliación de plazo de última hora, tal como se desprende de la anterior tabla tan sólo un 13 % (45.554) de los 350.287 posible nuevos votantes confirmados (a los que se les remitió las

⁴⁵³ Todas estas circunstancias merecieron amplias críticas desde la sociedad civil: http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=846&Itemid=63 14/11/2011

comunicaciones previas) se incorporaron al CERE y pudieron participar efectivamente en las elecciones municipales de mayo de 2011.

Evidenciadas las graves dificultades prácticas de la “vía” de la ampliación del derecho de sufragio en el ámbito municipal con el actual sistema de suscripción de tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad, en diversas ocasiones hemos destacado las limitaciones que desde la perspectiva política-jurídica conlleva:

- 1) La exigencia de reciprocidad impide acceder al sufragio municipal a los residentes nacionales de países no democráticos y es susceptible de convertirse en una mera herramienta para los intereses de la política exterior española⁴⁵⁴.
- 2) Existencia de “asimetrías externas” en varios de los tratados en vigor. Como señalamos en capítulos anteriores, gracias a estas asimetrías los españoles tienen reconocido un mayor nivel de derechos de participación en el país contraparte del tratado que los nacionales de este último en España (p.ej. en Cabo Verde, Paraguay, Perú y Noruega los españoles pueden ejercer el sufragio pasivo municipal, pero los nacionales de estos países no lo pueden hacer en España).
- 3) Existencia de “asimetrías internas”. Definimos en su momento como “reciprocidad asimétrica interna” al hecho de que existan distintos niveles de reconocimiento del derecho de sufragio municipal a los residentes extranjeros dependiendo de la nacionalidad que ostenten: así los ciudadanos europeos tienen derecho de sufragio activo y pasivo y no se les exige plazo de residencia, a los noruegos se les reconoce sólo el sufragio activo y se les exige una residencia mínima de 3 años, al resto de

⁴⁵⁴ Recientemente desde el Ministerio de AAEE y Cooperación española se realizaron unas declaraciones donde se consideraba posible suscribir un tratado con Marruecos para que los residentes marroquíes puedan participar en los comicios municipales tras la última reforma constitucional en el país magrebí. Valorando desde un punto estrictamente jurídico esta posibilidad bajo el “prisma” de la reciprocidad, sería ciertamente complejo admitirla, ya que, a pesar de las últimas tímidas reformas, Marruecos sigue estando muy lejos de cumplir el “estándar mínimo internacional de democracia” imprescindible para la correcta aplicación del principio de reciprocidad.

<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/05/espana/1309871254.html>

residentes nacionales de países con tratado tienen reconocido sufragio activo y necesitan 5 años de residencia y, por supuesto, los residentes extranjeros originarios de países sin tratado en vigor no tienen reconocido ninguno.

Dejando a un lado aquellos nacionales de países sin tratados, reiteramos que el trato normativo distinto en esta materia a personas extranjeras en base a su origen nacional tiene dificultades de encaje con los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional para no vulnerar el principio de igualdad⁴⁵⁵: desigualdad de supuestos de hecho, interdicción de la arbitrariedad, racionalidad y proporcionalidad. Algunos autores defienden la justificación del trato diferenciado a los ciudadanos europeos, posicionamiento que sin compartirlo admitimos que es plausible. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, que por ejemplo a los ciudadanos noruegos se les exija 3 años de residencia y a paraguayos, neozelandeses, bolivianos, peruanos, caboverdianos y coreanos 5 años choca frontalmente con la descrita jurisprudencia constitucional. Dado que en estos países se les exige un plazo inferior de residencia menor de 5 años a los españoles para ejercer el derecho de sufragio municipal (de ninguno a 3 años), respetando la reciprocidad se les podría como mínimo haber equiparado con los residentes noruegos en este requisito. La no equiparación se basa en una decisión estrictamente política que a nuestro juicio violenta esas condiciones mínimas para que un trato normativo desigual encaje en el marco constitucional vigente, ya que no existiría una desigualdad de supuestos de hecho ni una finalidad razonable⁴⁵⁶. Por todo lo expuesto, consideramos imprescindible la adopción de medidas político-jurídicas para avanzar en la universalización del derecho de sufragio a nivel local y por ende en la consecución de una ciudadanía inclusiva. A nuestro juicio incluso existen algunas posibles reformas en esta línea dentro del actual marco constitucional, aunque sería imprescindible afrontar una reforma de la Constitución de 1978 para conseguir el objetivo deseado en toda su dimensión:

⁴⁵⁵ Entre otras, SSTC 216/1991, 253/2004 y 84/2008.

⁴⁵⁶ E incluso si se admite la interpretación no estricta de la reciprocidad también se podría defender que no existe una justificación incontestable para exigir 5 años de residencia a aquellos nacionales de países donde los españoles necesitan ese plazo para participar en los comicios municipales.

1) *Posibles reformas dentro del marco constitucional vigente (respetando la exigencia de reciprocidad)*⁴⁵⁷.

- Supresión de la “reciprocidad asimétrica externa”. Sería la medida más conservadora, que consistiría en establecer el principio de las “condiciones de ejercicio más favorables” cuando se formalicen tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad. Es decir, que si en el Estado con el que se suscribe el tratado se reconoce el sufragio pasivo municipal a los españoles, sea obligatorio que a sus nacionales también se les reconozca en España.

- Supresión de la “reciprocidad asimétrica interna”. Representaría un paso más que la anterior. Siguiendo el principio de la prevalencia de las “condiciones de ejercicio más favorables” y con la interpretación no estricta de la reciprocidad sostenida por el propio Consejo de Estado, todos los residentes extranjeros con el derecho de sufragio local reconocido deben tener los mismos requisitos para su ejercicio, que teniendo en cuenta la anterior medida, deberían ser las más ventajosas contempladas en los tratados formalizados. Por lo tanto, en el contenido sustantivo de estos instrumentos internacionales debería establecerse que las condiciones exigidas a los residentes extranjeros de que se trate para ejercer el derecho de sufragio local pueden ser modificadas “a mejor” en el momento que entre en vigor un tratado con unos requisitos menos restrictivos.

- Priorizar la vía legal sobre la convencional para reconocer el derecho de sufragio municipal. Las dos propuestas anteriores son más una modificación de la dirección política que informa la conclusión de tratados bajo el criterio de reciprocidad que reformas de carácter jurídico; la que nos ocupa en este apartado sí que afecta directamente a este último ámbito. Consistiría en utilizar la posibilidad contemplada en el art. 13.2 CE de reconocer el derecho de sufragio municipal bajo el criterio de reciprocidad por ley y no a través de tratados internacionales. Mediante la modificación de la LOREG, se establecerían las condiciones generales para que los residentes extranjeros pudieran participar en los comicios municipales, y sería el Gobierno de España el competente de confirmar

⁴⁵⁷ Haremos referencia a las modificaciones con un carácter puramente formal-administrativo dentro de este ámbito a reglón seguido en un apartado específico.

que en el país de origen de la persona extranjera de que se trate se reconoce los mismos derechos a los nacionales españoles⁴⁵⁸. Para esta comprobación debería elaborar y actualizar el Ministerio de AAEE y Cooperación en colaboración con la Oficina del Censo Electoral un listado de países con los que se cumplen los requisitos de la reciprocidad a cuyos nacionales que residan en España se les reconocería automáticamente estos derechos. También debería estar abierta la posibilidad de que cualquier residente extranjero en España que considere que su país de origen reconoce a los españoles el derecho de sufragio local y no está incluido en el listado inste al Gobierno español para que haga las gestiones oportunas en aras de incorporar el Estado de que se trate en esa relación de países y, como consecuencia, permita la participación de sus nacionales en la elecciones locales españolas. Y, bajo nuestro punto de vista, este reconocimiento legal debería agotar las posibilidades que el ordenamiento jurídico vigente: reconocimiento tanto del derecho de sufragio activo como el pasivo y, tal como ocurre ya para los ciudadanos europeos, no exigir plazo de residencia mínimo (bastaría con ser titular del correspondiente permiso de residencia).

2) Reformas que superan el marco constitucional vigente.

- Supresión de la exigencia de reciprocidad para el reconocimiento del derecho de sufragio local de los residentes extranjeros. Para ello sería imprescindible la modificación del art. 13.2 CE, suprimiendo la expresión “*atendiendo a criterios de reciprocidad*” del mismo. Se podría sostener que una vez suprimida la exigencia de la reciprocidad, la vía convencional de reconocimiento del derecho de sufragio carece de virtualidad práctica, ya que el Estado español podría acometer el reconocimiento del mismo de forma unilateral a través de su Derecho interno. Sin embargo, consideramos que, reconociendo la consistencia del argumento anterior, la suscripción de tratados internacionales que en el ámbito supranacional apuesten por la universalización de la participación política supone una confirmación de la firmeza de la voluntad política de avanzar hacia la consolidación de una verdadera ciudadanía inclusiva. Esos compromisos

⁴⁵⁸ En la línea de lo señalado por el reiterado informe del Consejo de Estado sobre “Propuestas de modificación del régimen electoral general”.

internacionales también impedirían posibles “regresiones” normativas en este ámbito que serían posibles por la exclusiva decisión individual del Estado español sobre su ordenamiento interno en la ausencia de dichos compromisos⁴⁵⁹. Por lo expuesto, consideramos pertinente mantener la “vía convencional” en una hipotética reforma del art. 13.2 CE.

- La residencia legal como único requisito para el ejercicio de los derechos electorales de las personas extranjeras en plenitud en el ámbito municipal. Una vez suprimido el criterio de reciprocidad del art. 13.2 CE, habría que acometer las reformas pertinentes en el ordenamiento jurídico español infraconstitucional para adaptarlo al nuevo marco de titularidad y ejercicio de los derechos de sufragio de las personas extranjeras a nivel municipal. Consideramos que se debería generalizar el régimen que disfrutaban actualmente los ciudadanos europeos a todos los residentes extranjeros en España, es decir, reconocimiento tanto del derecho de sufragio activo y pasivo y la residencia legal como único requisito exigible. A nuestro juicio no existen elementos jurídico-políticos que justifiquen la imposición de un plazo mínimo de residencia a los nacionales de terceros países y no a los ciudadanos europeos, por los argumentos expuestos anteriormente al abogar por la supresión de la “reciprocidad asimétrica interna”. De esta manera, básicamente habría que acometer la reforma de los arts. 6, 176 y 177 de la LOREG.

Niveles autonómico y estatal.

Al tratar la posibilidad de que los residentes extranjeros accedan a la titularidad y ejercicio de los derechos de sufragio en el ámbito autonómico y estatal es inevitable, tal como hemos reiterado, valorar su incidencia sobre conceptos como “soberanía”, “pueblo” como titular de la misma y “ciudadanía”.

Respecto a la cuestión de la soberanía, se ha señalado que existe un amplio consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a la afirmación de que la misma sólo se ejerce en el caso de España en estos niveles

⁴⁵⁹ Un ejemplo en este sentido sería el Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local del Consejo de Europa.

autonómico y estatal, ya que es en los parlamentos autonómicos y en el estatal donde reside el poder legislativo, principal manifestación de la soberanía. Por ello se ha conformado una opinión igualmente mayoritaria favorable a avanzar en el reconocimiento de la participación política en el ámbito municipal, donde en teoría no se ejerce soberanía⁴⁶⁰, pero se está mucho más lejos del consenso cuando se trata de los niveles en los que se considera afectada la soberanía nacional.

El principal escollo para el avance del reconocimiento de la participación de residentes extranjeros en las elecciones autonómicas y estatales reside en la asignación de la titularidad exclusiva de la soberanía en España al “pueblo español”, siguiendo la literalidad del art 1.2 CE⁴⁶¹. Ciertamente supondría un gran desafío político-jurídico afrontar una reforma de este precepto que suprimiera al “pueblo español” como titular de la soberanía nacional. Sin embargo, traemos de nuevo a colación un interrogante en el que a nuestro juicio sería viable hallar la salida a esta “situación de bloqueo: ¿se puede realizar una interpretación extensiva del concepto “pueblo español” en la que no sólo tuvieran cabida los nacionales españoles?

En su momento pusimos de relieve que algunas voces de la doctrina ya han realizado propuestas en este sentido: Pablo Santolaya afirma que “...el «pueblo español» no sólo serían los nacionales, sino todos los extranjeros que tuvieran la plenitud de los derechos constitucionales, incluido el sufragio...”⁴⁶² mientras que Miguel Ángel Presno propone definir pueblo español “como personas sometidas al ordenamiento jurídico español con independencia de su nacionalidad”⁴⁶³. Consideramos que éstas propuestas no son arriesgados posicionamientos doctrinales alejados de la realidad jurídica, sino que existen precedentes similares desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978.

⁴⁶⁰ Afirmación que pusimos en cuestión en los capítulos precedentes.

⁴⁶¹ Extremo confirmado por la jurisprudencia constitucional en, entre otras, las analizadas DTC 1/1992 y STC 103/2008.

⁴⁶² SANTOLAYA, Pablo y REVENGA, Miguel; ob.cit Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio... cit., p. 23.

⁴⁶³ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ob.cit., p. 97.

En este ámbito entran en juego dos de los criterios tradicionales de interpretación de las normas jurídicas: indagar en la voluntad del legislador, por una parte, y valorar el contexto histórico en el que se aprobó la norma y en el que debe ser aplicada, por otra. Ciertamente reviste una gran dificultad indagar en la voluntad última del legislador al utilizar un determinado concepto jurídico. Sin embargo, con el auxilio del análisis del contexto histórico en el que una norma fue aprobada es posible hacerse una idea respecto a dicha voluntad. Y, teniendo en cuenta lo expuesto, defendemos que en estos más de 30 años se han producido modificaciones en el ordenamiento jurídico español que, si se hubiera tenido en cuenta la voluntad del legislador en la realidad sociopolítica de su tiempo, hubieran carecido de cobertura constitucional. Ha sido el factor corrector de la interpretación del contexto histórico en el que debe ser aplicada la norma la que ha “salvado” la constitucionalidad⁴⁶⁴.

En esta línea se situó el Tribunal Constitucional, al determinar que el derecho a la igualdad formal reconocido en el art. 14 CE es un derecho fundamental vinculado directamente a la dignidad humana⁴⁶⁵ (y por tanto los extranjeros son acreedores del mismo en las mismas condiciones que los españoles) no consideró un obstáculo para ello que este precepto establezca como titulares del derecho a “*los españoles*”, sin necesidad de afrontar su reforma.

Por último, en este ámbito también tiene incidencia el desarrollo que la LO 4/2001 llevó a cabo del derecho de petición reconocido por el art.29 CE, cuya literalidad determina también que los titulares de este

⁴⁶⁴ En este sentido es reseñable la interpretación de la literalidad del art. 32.1 CE que se realizó al aprobar la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el art. 44 del Código Civil. El art. 32.1 CE dispone que: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Tenemos el firme convencimiento de que el legislador constitucional del año 1978, como correspondía al marco temporal sociopolítico al que pertenecía, no contemplaba otro tipo de matrimonio que el heterosexual cuando se aprobó este texto.

Pero en el año 2005, a nuestro juicio con buen criterio, el legislador ordinario modificó a través de la citada ley el Código Civil para reconocer el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, sosteniendo que esta reforma era plenamente constitucional. Y coincidimos con esta opinión porque la interpretación del precepto constitucional acorde con el momento histórico actual es la que da cobertura a este avance en el reconocimiento de derechos y de la vigencia efectiva del principio de igualdad, fuere cual fuere la voluntad última del constituyente, hija de la realidad social de hace 30 años.

⁴⁶⁵ STC 137/2000, de 29 de mayo.

derecho son “*los españoles*”. Tal como adelantamos, el art. 1 LO 4/2001 contempla que puede ejercer este derecho “*toda persona natural o jurídica, prescindiendo de la nacionalidad...*”. Esta norma no fue objeto de recurso de inconstitucionalidad y menos aún se suscitó un debate respecto a la posible necesidad de reformar el art. 29 CE.

Por todo lo expuesto, no nos cabe duda de que la voluntad del constituyente al utilizar el concepto “pueblo español” en el art. 1.2 CE era reservar la soberanía a los nacionales españoles. No cabía otra interpretación en la realidad social, política y científico-jurídica española del año 1978. Ahora bien, bajo nuestro punto de vista, lo anterior no obsta para que atendiendo a la situación social, política y jurídica del siglo XXI en ese “pueblo español titular de la soberanía” se puedan incluir a ciudadanos miembros efectivos de la comunidad política que no ostenten la nacionalidad dominante en la misma. Y ello a pesar de que esta posibilidad no tuviera cabida en la mente del constituyente español de los años setenta. Partiendo de esta base, sería posible afrontar las reformas normativas precisas que detallaremos en las próximas líneas para abrir la participación de los residentes extranjeros a nivel autonómico y estatal sin que fuera necesario modificar el art. 1.2 CE⁴⁶⁶. Es más, la citada reforma operada por la LO 2/2011 en el art. 2.3 LOREG, que ha determinado la privación del sufragio municipal a los españoles residentes en el exterior, puede ser un primer paso en la ruptura de la identificación estricta entre “pueblo español” y “nacionales españoles”⁴⁶⁷

También expusimos al tratar el nivel de reconocimiento actual del derecho de sufragio de los residentes extranjeros en España la posibilidad de interpretar de una forma extensiva el concepto “ciudadano” que utiliza el art. 23.1 CE a la hora de determinar los titulares de los derechos políticos, de manera que puedan entenderse incluidos también a los

⁴⁶⁶ Desde una perspectiva general, el no haber considerado necesario reformar los arts. 29 y 32.1 CE en su momento o el art. 1.2 CE en el futuro patentiza que la literalidad del texto constitucional no debe quedar anquilosada en los parámetros interpretativos del momento histórico de su nacimiento. Una interpretación abierta a las realidades de cada tiempo social garantiza que la Constitución sea una norma “viva” y adaptada a cada etapa de su vigencia. Además, asegura que los procesos de reforma constitucional a los que haya que acudir sean los estricta y realmente necesarios.

⁴⁶⁷ Aunque esta reforma apoye nuestro posicionamiento respecto a la interpretación del art. 1.2 CE, no podemos saludar el recorte de un derecho fundamental como la participación política para ningún colectivo.

residentes extranjeros. Consideramos que en este punto se puede realizar una interpretación análoga a la que hemos propuesto para el “pueblo español” del art. 1.2 CE, es decir, que a nuestro juicio el legislador constituyente pensó exclusivamente en los nacionales españoles al señalar como titulares de los derechos políticos a los “ciudadanos”, pero que en el contexto actual es factible abogar por un concepto de ciudadanía que incluya a los extranjeros. De hecho, con la consolidación de la ciudadanía europea podríamos afirmar que esa posibilidad ya tiene una virtualidad jurídica práctica.

Como propuestas para ampliar la participación de los residentes extranjeros más allá del ámbito municipal, pero sin cuestionar el actual marco constitucional, ya aludimos a algunos autores que defienden que en los Estados descentralizados el ejercicio de la soberanía se concentra en el Estado central y no en los estados o las CCAA, aunque estos últimos tengan competencias legislativas. Incluso afirman que en España, sin necesidad de afrontar una reforma constitucional, a través de los nuevos textos estatutarios aprobados a partir de 2006 (especialmente el catalán y el andaluz) sería posible reconocer el derecho de sufragio en las elecciones autonómicas a los residentes extranjeros en cada Comunidad Autónoma⁴⁶⁸. Bajo nuestro punto de vista, es una interpretación excesivamente forzada de los nuevos Estatutos de Autonomía.

Para concluir el repaso a las propuestas doctrinales en este ámbito, es pertinente traer a colación de nuevo la mantenida por otros autores respecto a que el reconocimiento de la participación electoral de ciudadanos europeos en los comicios autonómicos y estatales podría introducirse directamente a través del Derecho UE. Vimos en su momento que, con base en la primacía de éste sobre el ordenamiento interno español⁴⁶⁹, defendían un posible “desplazamiento” del art. 13.2 CE por parte del Derecho de la Unión en el caso de que llegara a ampliar los

⁴⁶⁸ Hay quién alega la STC 247/2007, de 12 de diciembre (que determina que el principio de igualdad no impide que existan distintas posiciones jurídicas en las diferentes CCAA), para defender su apuesta por la vía del reconocimiento del sufragio autonómico por parte de las CCAA de forma individual. Ver en DURÁN MUÑOZ, Rafael y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena; ob.cit., pp. 166-167.

⁴⁶⁹ En este sentido destacan la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, en la que se hace un reconocimiento expreso de la primacía del Derecho comunitario y de la dimensión “material” que le otorga al art. 93 CE.

derechos políticos vinculados a la ciudadanía europea a los ámbitos autonómico y estatal, en la línea de las propuestas contenidas en el “Informe Catania”. Consideramos que en el escenario político-jurídico descrito, el reconocimiento del derecho de sufragio de los ciudadanos europeos en esos niveles territoriales acabaría convirtiéndose en una realidad en España, pero no en virtud de ese concepto un tanto confuso del “desplazamiento” del art. 13.2 CE, sino directamente por la reforma del mismo tal como ocurrió al instaurarse la propia ciudadanía europea con el Tratado de Maastricht.

Como conclusión, y partiendo de la defendida interpretación extensiva e inclusiva del art 1.2 CE (e incluso del art. 23 CE), consideramos imprescindible para el reconocimiento del derecho de sufragio autonómico y estatal de los residentes extranjeros en España:

- 1) Una reforma del art. 13.2 CE que suprima la restricción de la posible participación de los residentes extranjeros a las elecciones municipales. También consideramos necesario la supresión de la exigencia de reciprocidad en esta ámbito, por los mismos motivos expuestos al defender la universalización del derecho de sufragio en el ámbito municipal y que damos aquí por reproducidos. Para la consecución de este objetivo podría ser adecuada la propuesta de redacción del art. 13.2 CE que destacamos en líneas anteriores⁴⁷⁰.

Respecto a la determinación de las condiciones específicas de ejercicio del derecho de sufragio autonómico y estatal por parte de los residentes extranjeros, a nuestro juicio nos encontraríamos más en el terreno de la valoración de la oportunidad política de optar por unas u otras que en el análisis estrictamente jurídico. Y ello porque, franqueada la frontera de la reserva exclusiva del ejercicio de la soberanía a los nacionales, las bases jurídicas para reclamar el reconocimiento tanto del derecho de sufragio activo y pasivo y la aplicación de la residencia como único requisito sin plazos mínimos serían comunes para el nivel municipal, autonómico y estatal.

⁴⁷⁰ “Los extranjeros podrán ser titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, en virtud de lo dispuesto en tratado o ley”.

Ahora bien, acudiendo a la realidad del Derecho comparado analizado en la presente tesis doctoral, hay que convenir que si bien se ha producido un notable incremento del reconocimiento de la participación de los residentes extranjeros en el ámbito municipal, dicho reconocimiento es sensiblemente inferior en niveles territoriales superiores. En la misma línea, siendo cada vez más habitual el reconocimiento del sufragio pasivo en los comicios locales, es algo casi inexistente en los escasos países que permiten a los extranjeros participar a nivel estatal/nacional. Por último, aunque avanza el criterio de residencia “puro” como exigencia en las elecciones municipales, en los superiores siguen teniendo mucho peso criterios como la reciprocidad o las “especiales relaciones históricas”.

De esta manera, aún defendiendo la ausencia de una obligatoriedad jurídica para ello, quizás podría entenderse como razonable que, en una primera fase del avance en la apertura a los residentes extranjeros de la titularidad y ejercicio de los derechos electorales en los niveles autonómico y estatal, se mantuvieran restricciones (parciales o totales) en el sufragio pasivo, se exigiera un periodo mínimo de residencia superior al necesario para participar en las elecciones municipales o que se pueda establecer un acceso más amplio a estos derechos a los ciudadanos europeos en el caso de que el Derecho UE acabara asumiendo las “tesis Catania”. Pero insistimos que estas restricciones, en el supuesto de que se considerara pertinente establecerlas, deberían tener un carácter transitorio y una función de “pedagogía sociopolítica” para consolidar con firmeza la dimensión política de la ciudadanía inclusiva.

- 2) Al igual que en la universalización del derecho de sufragio municipal, el reconocimiento del derecho de los residentes extranjeros a nivel estatal y autonómico conllevaría las correspondientes reformas en los arts. 2 y 6 LOREG.

Cuestiones formales vinculadas a la ampliación de los derechos de sufragio de los residentes extranjeros.

Desde la perspectiva estrictamente formal, consideramos que dos son los principales aspectos que deben centrar nuestra atención: si las

reformas constitucionales precisas para la ampliación de los derechos de sufragio de los residentes extranjeros se deben instrumentar a través del proceso ordinario del art. 167 CE o el agravado del art. 168 CE, por una parte, y si incluso manteniendo el actual “status quo” sería viable al menos facilitar la participación electoral de los residentes extranjeros mediante la modificación de los actuales requisitos administrativos que se les exige, por otra.

1) *Vías formales para una reforma constitucional que amplíe el derecho de sufragio de los residentes extranjeros.*

- Universalización de la participación de los residentes extranjeros en las elecciones municipales. Para ella hemos puesto de relieve la necesidad de suprimir la exigencia de reciprocidad para reconocer derechos políticos a los residentes extranjeros, estableciendo como único requisito la residencia estable, mediante la correspondiente reforma del art. 13.2 CE. Para esta modificación constitucional se podría utilizar la vía ordinaria prevista en el art. 167 CE, como ya se hizo para incluir el sufragio pasivo de residentes extranjeros en las elecciones municipales tras la ratificación por España del Tratado de Maastricht, con el aval del Tribunal Constitucional a través de la DTC 01/07/1992. Consideramos que no debería existir mayor polémica jurídica en asumir el criterio de la posición sistemática del art. 13.2 en el texto constitucional, que lo sitúa fuera de las materias reservadas al proceso agravado de reforma del art. 168 CE, de la misma manera que en la reforma citada.

- Reconocimiento del derecho de sufragio de los residentes extranjeros en los niveles autonómico y estatal. La necesidad de reforma constitucional ordinaria (art. 167 CE) o agravada (art. 168 CE) dependerá de la interpretación que se lleve a cabo de la literalidad de los arts. 1.2 y 23 CE. Si se parte de una interpretación restrictiva que mantenga la tradicionalmente inescindible identificación entre “ciudadanía”, “pueblo” y “nacionalidad”, estos preceptos deberían ser objeto de reforma de forma obligada y por ende indiscutible la utilización del proceso agravado. Sin embargo, manteniendo la interpretación de los arts. 1.2 y 23 CE defendida en esta tesis, el acceso a los comicios autonómicos y estatales

por parte de los residentes extranjeros se podría alcanzar modificando exclusivamente el art. 13.2 CE por la vía del art. 167 CE.

2) *Supresión de obstáculos administrativos a la participación política de los residentes extranjeros.*

A nuestro juicio, el análisis que hemos realizado respecto al proceso de incorporación al censo electoral de las elecciones municipales de mayo de 2011 de los residentes extranjeros que obtuvieron el derecho de sufragio municipal con los nuevos tratados ha puesto de manifiesto que en muchas ocasiones las trabas administrativas en el ejercicio de un derecho fundamental pueden aproximarse en la práctica a la negación de su titularidad. Consideramos que la supresión de los actuales requisitos burocráticos adicionales que se les exige a los residentes extranjeros para ejercer sus actualmente limitados derechos electorales facilitaría en gran medida su ejercicio efectivo y demostraría la existencia de una verdadera voluntad política para que ello sea posible. En esta línea proponemos:

- Incorporación automática de oficio al censo electoral de todos los residentes extranjeros con derecho a participar en el proceso electoral de que se trate. En estos momentos eso ocurre con los ciudadanos europeos, pero no con los nacionales de terceros países con tratado bajo el criterio de reciprocidad vigente, que deben hacerlo a instancia de parte mediante el complejo e ineficaz proceso descrito en su momento. Es la Oficina del Censo Electoral, tal como hace con el resto de electores, la que debe confirmar que cada residente extranjero cumple las exigencias que le son aplicables, misión que se le podría facilitar en gran medida con sencillas modificaciones en el protocolo de toma de datos en el Padrón municipal cuando un residente extranjero causa alta en el mismo y con el correspondiente “cruce de datos” con los Ministerios de Interior y Trabajo e Inmigración.

- Supresión de la exigencia a los residentes extranjeros de manifestar su voluntad de participación. La abstención, como el voto en blanco o incluso el voto nulo intencionado, es una de las opciones legítimas que se le atribuyen en España a un ciudadano cuando se le reconoce la titularidad del derecho de sufragio, a diferencia de otros países donde

el voto es obligatorio. Por lo expuesto, esta manifestación de voluntad previa condiciona el ejercicio libre de esa opción a abstenerse por parte del elector extranjero, además de suponer un obstáculo administrativo más para la efectividad de sus derechos políticos.

Los residentes extranjeros y la creación de partidos políticos.

En un sistema político tan marcado por la representación indirecta como el español y donde las formaciones políticas juegan un papel casi hegemónico, reforzado en el art. 6 de la propia Constitución, la limitación de la libertad de creación de partidos a los residentes extranjeros supone una exclusión no menor. Hay quien justifica la necesidad de esta limitación para salvar el riesgo de que surjan partidos políticos de corte étnico, religioso o que defiendan intereses nacionales “extranjeros”. Ya se expuso que compartimos la opinión de que no es deseable que surjan formaciones de estas características, pero no que su prevención se instrumente en una prohibición basada en la presunción de que toda persona que no ostenta la nacionalidad española configura sus opciones políticas por criterios étnicos, culturales, religiosos o de “lealtad” a su nacionalidad de origen. A lo expuesto se suma que en el actual panorama político español existen partidos que en sus estatutos explicitan la inspiración religiosa de su base ideológica (PP y UDC) o defienden “intereses nacionales singulares” diferentes a los del conjunto del Estado español (PNV, BNG, ERC...) sin que ello sea percibido como una amenaza para la estabilidad del sistema político vigente, por lo que incluso en el caso de que por ciudadanos extranjeros se llegaran a crear formaciones con un determinado carácter religioso o cultural no estaríamos ante un hecho excepcional y desconocido en el sistema de partidos español.

En líneas anteriores destacamos el Dictamen del Consejo de Estado de 18/04/2002 respecto al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, donde se señalaba que era plausible considerar que la prohibición de creación de partidos políticos a residentes extranjeros podría constituir una limitación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones

municipales y europeas de aquellos extranjeros que lo tienen reconocido en España (en la actualidad sólo los ciudadanos europeos). Ciertamente la STC 48/2003 avaló la exclusión de los residentes extranjeros del derecho, pero igualmente defendimos en el apartado correspondiente que las argumentaciones esgrimidas por el Tribunal Constitucional en esta sentencia son como mínimo cuestionables, especialmente en el ámbito del sufragio pasivo en las elecciones europeas y municipales. En este contexto, bajo nuestro punto de vista es necesario afrontar las reformas pertinentes para permitir a los residentes extranjeros crear partidos políticos. Como en la mayoría de los derechos políticos analizados hasta el momento, cabe impulsar un avance en este ámbito más moderado que no ponga en cuestión las bases del actual “status quo” de la participación política de los extranjeros en España o por el contrario abogar un reconocimiento pleno de su dimensión política en la titularidad y ejercicio de este derecho. En ambas opciones la reforma se centraría en el art. 1.1 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LO 6/2002, de 27 de junio):

- 1) Desde una perspectiva “moderada”, manteniendo que la titularidad plena del derecho de creación de partidos políticos corresponde a los nacionales españoles, se podría incluir un inciso en el art. 1 LO 6/2002 que permitiera a los residentes extranjeros que tengan reconocido el derecho de sufragio pasivo en España crear partidos políticos que pudieran llevar a cabo todas las funciones “no electorales” que nuestro sistema constitucional otorga a los partidos, pero teniendo limitada la presentación de listas electorales a aquellos comicios donde se permita a las personas extranjeras ser candidatas (municipales y europeos en el presente).
- 2) Desde una perspectiva más avanzada, supresión total de la prohibición de crear partidos políticos que afecta a los extranjeros residentes en España, recogida en el art. 1.1 LO 6/2002. Los únicos límites para la creación de partidos políticos deben ser “... el respeto a la Constitución y a la ley” (art. 6 CE) y los “...principios democráticos...” (art. 6 LO 6/2002). No se establecerían límites para la presentación de candidaturas por parte de estos partidos a

cualquier proceso electoral, ello sin perjuicio de que los residentes extranjeros como personas físicas no puedan figurar en esas listas si en el momento de celebrarse las elecciones de que se trate no tienen reconocido el sufragio pasivo⁴⁷¹.

A nuestro juicio, la segunda opción es la más coherente con el proyecto de una ciudadanía verdaderamente inclusiva, con el principio democrático y la igualdad efectiva. Sin embargo, desgraciadamente parece que la dirección política dominante no apuesta precisamente por profundizar en el mayor desarrollo posible de esos principios de igualdad y democracia en el ámbito de los partidos y los procesos electorales. La nueva redacción del art. 169.3. LOREG (reforma operada por la LO 2/2011) establece que los partidos que no tengan representación en Congreso y Senado “... necesitarán la firma, al menos, del 0,1 % de los electores inscritos en el censo electoral de la circunscripción por la que pretendan su elección...”⁴⁷².

IV.2.b) Otros derechos políticos.

Para concluir con este recorrido por las propuestas para la consecución de la universalización de la participación política en España es pertinente realizar una breve alusión a los derechos políticos distintos al sufragio. En este campo hemos de reconocer que tras la STC 236/2007 y la reforma de la LO 4/2000 llevada a cabo por la LO 2/2009 se ha producido un avance sustancial. Nos debemos felicitar porque derechos fundamentales tan básicos como los de asociación, reunión/manifestación, sindicación, huelga... ya sean realmente universales en España, independientemente de la nacionalidad que se ostente y la situación administrativa en la que se esté. A nuestro juicio representan un ejemplo real y práctico de que la consecución de una ciudadanía inclusiva no es una quimera, ya que

⁴⁷¹ Sería totalmente factible que las listas electorales de un partido creado por un residente extranjero sin sufragio pasivo estuvieran conformadas con nacionales españoles o extranjeros que sí tengan reconocido dicho derecho.

⁴⁷² Para ello se han aducido justificaciones tan cuestionables como la necesidad de ahorro en gastos electorales o la sospecha de que algunas formaciones políticas minoritarias presentan candidaturas con el único objetivo de tener acceso a los datos del censo electoral para poder usar los mismos con fines lucrativos. A pesar de ello, la STC 163/2011, de 2 de noviembre, ha certificado la constitucionalidad de la exigencia de los avales.

existen las herramientas jurídicas adecuadas para ello. Otra cuestión mucho más dudosa es si se ha afianzado una voluntad política firme para la puesta en práctica de dichos instrumentos.

Quedan sin embargo algunos derechos de participación distintos al sufragio cuya titularidad y ejercicio continúan estando vetadas a las personas extranjeras, respecto a los cuales se pueden formular las siguientes propuestas en aras de su universalización subjetiva en España:

- 1) Iniciativa legislativa popular. Vimos que aunque en el art.87.3 CE no se hace alusión directa a la titularidad del derecho, en el art. 1 LO 3/1984 se reserva su ejercicio a los “*ciudadanos españoles*”. A nivel autonómico se reproduce el mismo marco. Tomando como ejemplo la CA de Andalucía se observa que el art. 111.3 del nuevo Estatuto reenvía directamente a la legislación de desarrollo, que no contempla la participación de los residentes extranjeros al señalar que la iniciativa legislativa “andaluza” corresponde a los “*ciudadanos que gozando de la condición política de andaluces... estén inscritos en el Censo Electoral*” (Ley andaluza 5/1988, de 17 de octubre).

Afirmamos al analizar este derecho que el contexto normativo vigente es coherente con el posicionamiento dominante en cuanto a que el ejercicio de la soberanía está estrictamente vinculado a la nacionalidad. No obstante, desde la interpretación de los arts. 1.2 y 23 CE que se ha defendido en la presente tesis doctoral, que rompe con el anterior presupuesto y determina la viabilidad del reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros en los niveles autonómico estatal, sería igualmente plausible una reforma normativa que permitiera la intervención de los residentes extranjeros en la iniciativa legislativa popular estatal y autonómica.

- 2) Referéndum. En su momento se confirmó que el concepto “ciudadano” utilizado en el art. 92 CE (referéndum consultivo) se ha identificado con “nacional español”, y que esa interpretación se ha proyectado a los arts. 151 CE (iniciativa autonómica) y 167-168 CE (reforma constitucional). En lo que respecta al ámbito autonómico, acudiendo de nuevo como referencia la CA andaluza, la alusión a los “*electores andaluces*” y al “*cuerpo electoral*” en el art.

248 del Estatuto cierra a día de hoy la participación de residentes extranjeros en este tipo de consultas.

La misma argumentación basada en una nueva interpretación inclusiva de los arts. 1.2 y 23 CE podría también permitir a los residentes extranjeros participar en referéndums, al igual que en la iniciativa legislativa popular y en los comicios autonómicos y estatales. Incluso, bajo nuestro punto de vista, ni siquiera haría falta acudir a esta nueva interpretación de los citados preceptos para justificar la posibilidad de que personas extranjeras participen en las consultas previstas en el art. 92 CE. Su carácter consultivo no vinculante supondría que a través de ellos no se produce un ejercicio efectivo de soberanía, por lo que cabría dotar de un significado inclusivo al concepto “ciudadano” que utiliza el artículo dejando indemne la “soberanía nacional” del art. 1.2 CE.

CONCLUSIONES.

Hemos dedicado el capítulo 5º de la presente tesis doctoral a realizar una exposición detallada de nuestras propuestas político-jurídicas para avanzar en el reconocimiento pleno de los derechos políticos de los residentes extranjeros y, por ende, en la consecución de un concepto más inclusivo de ciudadanía. Por lo tanto, en gran medida puede considerarse que las conclusiones de este trabajo de investigación han quedado plasmadas con amplitud en el citado capítulo.

Sin embargo, a efectos de una mayor claridad expositiva y sistemática, consideramos pertinente incluir este apartado donde realizaremos una sucinta relación de las conclusiones que se han alcanzado en el proceso de elaboración de la tesis. En cada una de ellas se hará referencia al capítulo y apartado donde se ha desarrollado su planteamiento y justificación.

- 1) Los conceptos sobre los que se ha construido la estructura política-jurídica occidental desde la Revolución francesa, el Estado-nación y la ciudadanía en sus acepciones clásicas, se han visto seriamente cuestionados por los nuevos retos que plantea el proceso conocido como globalización. Destacamos la pérdida por parte de los Estados-nación de espacios de poder que tradicionalmente monopolizaban y el incremento de la diversidad social “exógena” determinada por los flujos migratorios vinculados a la globalización como elementos clave en la actual impugnación de las bases de la ciudadanía y el Estado-nación. Como alternativa a esta situación, la propuesta de construcción de un nuevo concepto de ciudadanía de carácter inclusivo, en el que tiene una especial relevancia el reconocimiento pleno de la dimensión política de los residentes extranjeros.

Capítulo 1º, apartados 1º y 2º, y Capítulo 5º, apartado 1º.

- 2) Existe un amplio consenso doctrinal en la necesidad de afrontar una renovación de la perspectiva clásica de la ciudadanía. Dejando a un lado los postulados más comunitaristas-nacionalistas, distinguimos entre aquellas propuestas que definimos como “reformistas” (que mantienen el Estado-nación como espacio natural de la ciudadanía y la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía plena) y las “rupturistas” (que apuestan por la superación de uno, o de ambos, de los principios anteriores). Aunque de la mayoría de las teorías doctrinales analizadas se pueden obtener elementos válidos para la consecución de una ciudadanía inclusiva, destacamos especialmente la 292 que sostiene la llamada “ciudadanía de residencia” con aportaciones también valiosas de los postulados “cosmopolitas”.

Capítulo 1º, apartado 3º, y Capítulo 5º, apartado 1º.

- 3) Constatamos la existencia en el Derecho Internacional de un considerable número de instrumentos normativos que pretenden dotar de una protección de ámbito regional e incluso universal a los Derechos Humanos. Sin embargo, igualmente se evidencia que dichos instrumentos adolecen de una debilidad estructural: la falta de poder vinculante y coercitivo para garantizar una vigencia efectiva de los Derechos Humanos y prevenir eficazmente sus vulneraciones. En aras de superar el “status quo” vigente se propone:
- a) Consensuar un “standard mínimo internacional de Derechos Humanos” que, fundamentado en la dignidad humana, tenga una vigencia universal cuya obligatoriedad no se pueda soslayar con la simple no ratificación de un tratado internacional por un Estado.
 - b) Avanzar en la democratización de las instituciones internacionales, con el objetivo de que la cesión de soberanía de los Estados-nación que implica un Derecho Internacional realmente vinculante cuente con la legitimidad imprescindible del respaldo democrático de la ciudadanía.
 - c) Creación de unas instancias de Justicia universal que puedan cumplir adecuadamente su función se reinstaurar la legalidad

internacional en materia de Derechos Humanos cuando ésta sea vulnerada. De nuevo la cuestión del poder vinculante, junto a la mejora de la accesibilidad por la ciudadanía a estas instancias, se revela como clave.

Capítulo 2º, apartado 1º, y Capítulo 5º, apartado 2º.

- 4) Se ha destacado el papel que la Unión Europea debe jugar en el nuevo concepto inclusivo de ciudadanía. Desde una perspectiva positiva, hemos puesto de relieve que la ciudadanía europea representa la primera apuesta por que este concepto supere el ámbito del Estado-nación y rompa, aunque sea parcialmente, con el vínculo entre nacionalidad y su reconocimiento en plenitud que ha tenido reflejo en la realidad político-jurídica internacional. Igualmente consideramos muy positiva la figura del Parlamento europeo como un intento pionero de democratización real de una organización internacional. Sin embargo, también se ha criticado que las políticas migratorias de la UE tienen un marcado carácter restrictivo en materia de Derechos Humanos y que las propuestas más inclusivas respecto a los derechos fundamentales de los residentes nacionales de terceros países han tenido un escaso éxito. Ante la situación descrita, y teniendo en el horizonte una posible reforma de los tratados de la Unión que se está reclamando cada vez con mayor fuerza en el actual contexto de crisis social y económica, proponemos:
 - a) Aumentar el peso decisorio del Parlamento europeo, como órgano en el que reside la legitimidad democrática de la Unión Europea. Creemos especialmente necesaria esta reivindicación si la posible reforma del Derecho comunitario va encaminada a robustecer las competencias de las instituciones europeas en detrimento de los Estados miembro.
 - b) Una reforma de la ciudadanía europea en el ámbito subjetivo, permitiendo a los residentes estables nacionales de terceros países acceder a su titularidad, y en el ámbito objetivo, ampliando los derechos políticos que lleva aparejados a los ámbitos regional/

estatal/autonómico y nacional.

Capítulo 2º, apartado 2º, y Capítulo 5º, apartado 4º-1.

5) Hemos analizado la posición de las personas extranjeras en el sistema constitucional español de derechos fundamentales, prestando especial atención a la “configuración legal” de la titularidad y ejercicio de los mismos por parte de las personas extranjeras prevista por el art. 13 CE, y al juego en este ámbito de la dignidad humana reconocida por el art. 10.1 CE y del principio de igualdad formal/material de los arts. 14 y 9.2 CE. Llegamos a la conclusión de que existe una constante tendencia restrictiva en la citada “configuración legal” de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España. A nuestro juicio, esta tendencia en distintas ocasiones ha vulnerado el principio de igualdad, en la interpretación dada del mismo por la jurisprudencia constitucional, y tampoco ha respetado en su integridad a la dignidad humana como fundamento último de los derechos fundamentales. En este sentido se ha valorado la opción de Tribunal Constitucional de crear un listado de Derechos Humanos especialmente vinculados a la dignidad humana que reclaman una titularidad universal de forma ambivalente. Por una parte se ha considerado positiva en su papel corrector de los excesos restrictivos del Poder Legislativo, pero por otra no encontramos base, ni en la Constitución española ni en los principales tratados internacionales de la materia, para afirmar que existen unos Derechos Humanos con una mayor vinculación a la dignidad humana que otros. Por lo anterior, en las líneas de la presente tesis doctoral hemos propuesto:

- a) La dignidad humana como herramienta fundamental para la verdadera universalización de los Derechos Humanos, tanto a nivel nacional como internacional, rechazando cualquier categorización de éstos que pueda determinar distintos niveles de protección y reconocimiento.
- b) La supresión de todas aquellas restricciones de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España que no superen los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional

para que un trato normativo desigual pueda considerarse legítimo.

- c) El impulso de una verdadera educación cívica en valores y una correcta gestión de la diversidad cultural como factores para la construcción de una ciudadanía inclusiva en general, y para hacer realidad el principio de igualdad material en lo que concierne a las personas extranjeras en España, en particular.
- d) La apuesta por una “ciudadanía de calidad” para todos, independientemente del origen nacional, que sea un instrumento válido para el reconocimiento y protección de los derechos civiles, políticos, y en especial de los socioeconómicos. Representaría una eficaz prevención de supuestos conflictos culturales que en realidad esconden situaciones de pobreza y exclusión social.

Capítulo 2º, apartado 3º, y Capítulo 5º, apartados 2º-1 y 3º.

- 6) La situación del reconocimiento de la participación política de los residentes extranjeros en el Derecho comparado también invita a distintas reflexiones. Se constata la existencia en los últimos años de una tendencia general favorable a reconocer derechos de participación política a nivel municipal. Partiendo de una casuística muy diversa, y no respondiendo a la realidad la afirmación de que la participación electoral municipal de los extranjeros sea un fenómeno mayoritario a nivel global, consideramos que no es muy arriesgado predecir que en un medio plazo esa tendencia se habrá convertido en un fenómeno consolidado en la mayoría de los países con sistemas democráticos. Sin embargo, el reconocimiento del principal derecho político, el de sufragio, en los niveles superiores al municipal es mucho más excepcional, y las fuertes resistencias doctrinales y políticas a desvincular los conceptos de “soberanía” y “pueblo” de la nacionalidad no hacen prever grandes cambios en un horizonte cercano. A pesar de lo anterior, si van surgiendo ejemplos como los de Irlanda, Gran Bretaña, Ecuador, Nueva Zelanda o Chile que indican que, si existe voluntad política, los obstáculos

jurídicos no son ni muchos menos insalvables.

Capítulo 3º.

- 7) Valoramos muy positivamente la situación en España de algunos de los derechos políticos distintos al sufragio respecto a su titularidad y ejercicio por parte de los extranjeros. En esta materia la jurisprudencia constitucional, a través de su doctrina de la especial vinculación a la dignidad humana, ha realizado una importante labor “inclusiva”, siendo especialmente relevante la STC 236/2007, de 7 de noviembre. De esta manera los derechos de asociación, reunión, manifestación, sindicación o huelga son realmente universales en España, con independencia de la nacionalidad o la situación administrativa que se ostente. Sin embargo, otros derechos como la creación de partidos políticos, la participación en referéndum o la iniciativa legislativa popular siguen estando vetados a los extranjeros. Respecto a los partidos políticos, consideramos que el fundamento de la restricción es más de carácter político que jurídico, por la que apostamos por la reforma de la LO 6/2002 para su supresión. El obstáculo para la intervención de extranjeros en la iniciativa popular y en el referéndum se residencia en la vinculación entre “soberanía”, “pueblo” y “nacionalidad”. Dado que en esta tesis se considera necesario superar esa vinculación estricta, también se ve viable la derogación de ambas exclusiones.

Capítulo 4º, apartados 1º y 3º, y Capítulo 5º, apartado 4º-2.

- 8) Consideramos que el nivel de reconocimiento del derecho de sufragio a los residentes de extranjeros en España es claramente insuficiente. Aunque se ha puesto de relieve en estas páginas que el nuevo proceso de firma de tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad impulsado por el Estado español desde el año 2009 constituye un paso adelante, igualmente se ha afirmado y justificado que sus resultados distan de ser satisfactorios, tanto desde el punto de vista jurídico-formal como desde la perspectiva de sus resultados materiales. Por todo ello, a nuestro juicio es imprescindible una apuesta decidida por el reconocimiento pleno

de la dimensión política de los residentes extranjeros en España. En el capítulo 5º se hace un completo análisis de las distintas vías político-normativas para alcanzar este objetivo, haciendo referencia a algunas opciones que, sin brindar un nivel de consecución absoluto del mismo, también lo impulsarían aunque fuera parcialmente. En estas conclusiones nos centraremos en aquellas propuestas de reforma que afectan al derecho de sufragio y que tendrían una mayor incidencia en la construcción de una ciudadanía inclusiva:

- En el ámbito municipal:
 - a) Supresión de la exigencia de reciprocidad para el reconocimiento del derecho de sufragio local de los residentes extranjeros. Para ello sería imprescindible la modificación del art. 13.2 CE, suprimiendo la expresión “*atendiendo a criterios de reciprocidad*” del mismo. b) Esta reforma se podría instrumentar a través del “proceso ordinario” previsto en el art. 167 CE. c) La residencia legal sería el único requisito para el ejercicio de los derechos electorales de las personas extranjeras en plenitud en el ámbito municipal. d) También habría que acometer la reforma de los arts. 6, 176 y 177 de la LOREG.
- En el ámbito autonómico y estatal:
 - a) Reforma del art. 13.2 CE que suprima la restricción de la posible participación de los residentes extranjeros a las elecciones municipales, y que por ende les reconozca el derecho de sufragio en los ámbitos autonómico y estatal.
 - b) También consideramos necesario eliminar la exigencia de reciprocidad en estos niveles.
 - c) Una interpretación inclusiva de los arts. 1.2 y 23 CE, que permitiera incluir a los residentes extranjeros en los conceptos de “pueblo español” y “ciudadano”, evitaría tener que alterar la literalidad de ambos artículos, pudiéndose instrumentar la reforma a través del proceso ordinario del art. 167 CE
 - d) A pesar de que en esta tesis doctoral se sostiene la ausencia

de una exigencia jurídica para ello, podría entenderse como razonable desde una perspectiva política que, en una primera fase, se mantuvieran en los niveles autonómico y estatal restricciones (parciales o totales) en el sufragio pasivo, se requiriese un periodo mínimo de residencia superior al necesario para participar en las elecciones municipales o que se pueda establecer un acceso más amplio a estos derechos por parte de los ciudadanos europeos.

e) Todo lo anterior implicaría la reforma de los arts. 2 y 6 LOREG.

Capítulo 4º, apartado 2º, y Capítulo 5º, apartado 4º-2.

BIBLIOGRAFÍA.

- AGUELO, PASCUAL Y CHUECA, ÁNGEL; “Los Derechos Humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional: La sentencia 236/2007 de 7 de noviembre”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* nº16. Noviembre 2007, pp. 91-129.
- AGUDO, MIGUEL, ÁLVAREZ-OSSORIO, FERNANDO, CANO, JUAN y OTROS; *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 2010.
- AGUIAR, FERNANDO; “Tolerancia, intolerancia y libertad: Una perspectiva republicana”, en VVAA; *La inclusión del otro. Más allá de la Tolerancia*. Biblioteca de Ensayo. Córdoba, 2007, pp. 87-118.
- ALÁEZ DEL CORRAL, BENITO; “Nacionalidad y ciudadanía. Una aproximación histórico-funcional”. *Revista electrónica de Derecho Constitucional* nº6. 2005, pp. 29-75.
- ALÁEZ DEL CORRAL, BENITO; *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2006.
- ALÁEZ DEL CORRAL, BENITO; “Ciudadanía democrática, multiculturalismo e inmigración”. *VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”*. Madrid, 2009.
- ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE; *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I. Tecnos. Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ JUNCO, JOSÉ; *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*. Taurus. Madrid, 2001.
- AÑÓN ROIG, MARÍA JOSÉ (ed.), VV.AA.; *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Publicaciones Universidad de Valencia (PUV)-Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

- ARCE JIMÉNEZ, CARLOS; *La ciudadanía en la era de la globalización: El reto de la inclusión*. Ramón Areces. Madrid, 2009.
- ARENDT, HANNAH, *The human condition*. The University of Chicago Press. Chicago, 1958.
- ASENSI SABATER, JOSÉ; Respuesta a encuesta. *Revista Teoría y Realidad Constitucional* nº7. 2001.
- ASÍS ROIG, R. DE; “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos”, en CAMPOY, I. (ed); *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*. Dykinson. Madrid, 2006.
- BAUBÖCK, RAINER; *Transnational citizenship*. Edward Elgar. Aldershot, 1994.
- BAUBÖCK, RAINER; “Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales”, en AURABELL, GEMMA y ZAPATA, RICARD (eds.); *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*. Icaria. Barcelona, 2004, pp. 177-213.
- BERSON, B. y LAZARDFIELD, P.; *Voting*. Chicago University Press. Chicago, 1954.
- BESSIS, SOPHIE; *Occidente y los otros. Historia de una supremacía*. Alianza. Madrid, 2002.
- BIEDMA FERRER, JOSÉ MARÍA; “Presente y futuro del derecho sufragio de los inmigrantes en España”. *VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”*. Madrid, 2009.
- BRAGE CAMAZANO, J.; “Estudio preliminar. Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las Repúblicas de Weimar y Bonn”, en R. Smend, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*. UNAM. México, 2005.
- BRUBAKER, ROGERS; *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. Harvard University Press. Cambridge, 1992.

- CARRILO SALCEDO, J.A.; “El problema de la universalidad de los Derechos Humanos en un mundo único y diverso”, en RODRÍGUEZ, M^a E. y TORNOS, A.; *Derechos culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2000.
- CASTLES, STEPHEN; “Jerarquías de ciudadanía en el marco del orden global”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n°37 (*Ciudadanía e inmigración*). Granada, 2003, pp. 9-33.
- CLOSA MONTERO, CARLOS; “Citizenship of the Union and Nationality of Member States”, *Common Market Law Review*, n°32. 1995, pp. 487-518.
- CORTINA ORTS, ADELA; *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Alianza. Madrid, 1997.
- DAVIDSON, ALASTAIR; “Ciudadanía y migración: ¿Derechos para aquéllos sin pertenencia?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. n°37 (*Ciudadanía e inmigración*). Granada, 2003, pp. 35-55.
- “Derechos Humanos en la Frontera Sur 2010-2011”. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Sevilla. Mayo 2011.
- DÍAZ GARCÍA, ELÍAS; *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus. Madrid, 1988.
- DÍEZ BUESO, LAURA; “La incorporación política de de los inmigrantes en el ordenamiento jurídico español», *Revista Derechos y Libertades*. n°18. Época II. 2008, pp. 125-139.
- “Discriminación y Comunidad Gitana. Informe anual 2010”. Fundación Secretariado Gitano. Madrid. Diciembre 2010.
- DURÁN MUÑOZ, RAFAEL y MARTÍN MÁRTINEZ, MAGDALENA; *La integración política de los inmigrantes. La vía del sufragio*. Comares. Granada, 2008.
- DURÁN, RAFAEL, RODRÍGUEZ, ÁNGEL y MARTÍN, MAGDALENA; “La participación política de los extranjeros: estado de la cuestión”. Documento de trabajo. Centro de Estudios Andaluces. Sevilla, 2007.

- «En las fronteras de Europa. Controles, confinamientos, expulsiones. Informe 2009-2010”. Migreurop. Octubre 2010.
- ESCOBAR ROCA, GUILLERMO; “Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Catalana de Derecho Público*, nº 37. 2008, pp. 373-416.
- ESCOBAR ROCA, GUILLERMO; “Vías constitucionales para la integración social de los inmigrantes”. *VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”*. Madrid, 2009.
- ESPINAR VICENTE, J. M.; *Los extranjeros en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Ed. TAT. Granada, 1987.
- FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ; *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2005.
- FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ; “Mercado sin ciudadanía”, en VVAA; *La inclusión del otro: Más allá de la tolerancia*. Biblioteca de Ensayo. Córdoba, 2007.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M^a ENCARNACIÓN; “Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración?”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV. 1997.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, IGNACIO; “Comentario a la LO 4/2001 reguladora del Derecho de Petición”, *Revista española de Derecho Constitucional* nº65. 2002, pp. 197-215.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO; *La dogmática de los Derechos Humanos. A propósito de la Constitución española de 1978*. Ed. Jurídicas. Lima, 1994.
- FERRAJOLI, LUIGI; *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid, 1999.
- FERRER PEÑA, RAMÓN M^a; *Los derechos de los extranjeros*. Tecnos. Madrid, 1989.
- FORNET-BETANCOURT, RAÚL; “Aprender a filosofar desde el contexto de las culturas”, *Revista de Filosofía* nº90. 1997, pp. 365-382.

- GÁLVEZ, J., “El art. 35 de la Constitución”, en ALZAGA VILLAMIL, O, (coord.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Civitas. Madrid, 1980, pp. 447 y ss.
- GARCÍA PASCUAL, M^a CRISTINA; “El velo y los derechos de las mujeres”, en ANSUATÉGUI, F.J., LÓPEZ GARCÍA, A., DEL REAL, A. y RUIZ, R, (coord.); *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Dykinson. Madrid, 2005, pp. 87-110.
- GELLNER, ERNEST; *Nationalism*. Weidenfeld and Nicolson. Londres, 1997.
- GIL RUIZ, JUANA MARÍA; *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Monografías de Derecho Penal. Dykinson. Madrid, 2007.
- GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL; *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Universitas Internacional. Madrid, 2004.
- GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL; *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*. Universitas Internacional. Madrid, 2008.
- GOIZUETA VÉRTIZ, JUANA; “Algunas consideraciones acerca de la residencia como atribución de derechos a los inmigrantes”. *VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”*. Madrid, 2009.
- GORTÁZAR ROTARECHE, CRISTINA; “Los Derechos Humanos de ámbito universal y el multiculturalismo”, en RODRÍGUEZ-PALOP, M^a EUGENIA y TORNOS, ANDRÉS (eds.); *Derechos culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes*. Universidad de Comillas. Madrid, 2000.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO; *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid, 2005.
- GUTMANN, AMY; *La identidad en democracia*. Katz. Madrid, 2008.
- HABERMAS, JÜRGEN; *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Estructuras y Procesos, Filosofía. Trotta. Madrid, 1998.

- HABERMAS, JÜRGEN; *La constelación postnacional. Ensayos políticos*. Paidós. Barcelona, 2000.
- HÄRBELE, PETER; *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Tecnos. Madrid, 2002.
- HAYDUK, RON; "Democracy for all: restoring immigrant voting rights in the US", *New Political Science*, n.º. 26. 2004, pp. 499-523.
- HELD, DAVID; *Democracy and the global order*. Stanford University Press. California, 1995.
- HELLER, HERMANN; *Teoría del Estado*. FCE. México, 1998.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN; *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los libros de la catarata. Madrid, 2005.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN; *De habitaciones propias y espacios negados*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2005.
- IBÁÑEZ MACÍAS, ANTONIO; *El derecho de sufragio de los extranjeros*. Cuadernos "Bartolomé de las Casas". Dykinson, 2009.
- INNERARITY, DANIEL; *Ética de la hospitalidad*. Península. Barcelona, 2001.
- INNERARITY, DANIEL; *El nuevo espacio público*. Espasa. Madrid, 2006.
- JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO DE; *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos y constitucionalismo*. Dykinson. Madrid, 2003.
- KARST, KENNETH; *Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, *Harvard Law Review* n.º191. Noviembre 1971.
- KUNOY, BRUNO; "An Union of National Citizens: The origin of Courts lack of avant-gardism in the Chen case", *Common Market Law Review*, vol. 43. 2006, pp. 179-190
- KYMLICKA, W. Y NORMAN, W.; "Returns of the citizen: A survey of recent work on citizenship theory", *Ethics* n.º104. 1994.
- KYMLICKA, WILL; *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority*

rights. Oxford University Press. Oxford, 1995.

- KYMLICKA, WILL; “The theory and practice of immigrant multiculturalism”. *Politics in the vernacular nationalism, multiculturalism and citizenship*. Oxford University Press. Oxford, 2001. pp. 152-176.
- LABRADO RUBIO, V.; *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos*. Civitas. Madrid, 1998.
- LANCHESTER, FULCO; “La legislación electoral italiana y el derecho de sufragio de los no ciudadanos”. Seminario Internacional *Participación Política e Integración de los Inmigrantes: presente y futuro del voto extranjero en Europa*. Málaga, 2007.
- LAPORTA, FRANCISCO J.; *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta. Madrid, 2007.
- LATORRE, MASSIMO; *Cittadinanza e ordine político. Diritti, crisi della sovranità e esfera pública: Una prospectiva europea*. Torino, 2004.
- LÓPEZ PINA, ANTONIO, y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO; *Elementos de Derecho Público*. Marcial Pons. Madrid, 2002.
- LÓPEZ RODÓ, LAUREANO; “El derecho de petición. Antecedentes, directrices y discusión en las Cortes», *Documentación Administrativa*, nº40. 1961.
- LUCAS MARTÍN, JAVIER DE; “Inmigración y ciudadanía: Visibilidad, presencia, pertenencia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. nº37 (*Ciudadanía e inmigración*). Granada, 2003. pp. 81-103
- LUCAS MARTÍN, JAVIER DE; “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Nº13. 2006, pp. 1-51.
- LUCAS MARTÍN, JAVIER DE; «Los límites de la inclusión del otro: La ciudadanía plural e inclusiva y la inmigración en la Unión Europea”, en VVAA; *La inclusión del otro. Más allá de la Tolerancia*. Biblioteca de Ensayo. Córdoba, 2007, pp. 255-291.
- LUCAS MARTÍN, JAVIER DE y otros; *Los derechos de participación de los*

extranjeros como elemento de integración de los inmigrantes. Informes Economía y Sociedad, Fundación BBVA. Bilbao, 2008.

- LUCAS VERDÚ, PABLO; *Curso de Derecho Político*. Vol. IV. Tecnos. Madrid, 1984.
- LUCHESE, ANNA; “Le droit aux étrangers pour les élections locales en Europe”, *Revue du Marché Commun* n° 309. 1987, pp. 473 y ss.
- LUCIANI, MAXIMO; «Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali». Actas del congreso *Partecipazione e rappresentaza política degli immgrati*. Roma, 1999.
- MARINA, J. ANTONIO y VÁLGOMA, MARÍA DE LA; *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*. Anagrama. Madrid, 2000.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.; “Protección de las minorías en el Derecho Internacional y en Europa”, en RODRÍGUEZ, M^a E. y TORNOS, A. (eds); *Derechos culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes*. Universidad de Comillas. Madrid, 2000.
- MARTÍN, L.V. DE, MARAÑÓN, T. y ALARCÓN, I.; *El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros*. Dykinson. Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ M^a; *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Tecnos. Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO L.; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. CEC. Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL; *Derecho constitucional español*. San Pablo CEU. Valencia, 1995.
- MARSHALL, THOMAS H.; *Ciudadanía y clase social*. Alianza. Madrid, 1998.
- MASSÓ GARROTE, MARCOS F.; “Aspectos políticos y constitucionales sobre la participación electoral de los extranjeros en el Estado nacional”, *Revista de Estudios Políticos*, n°97. 1997, pp. 159-194.
- MÉNDEZ DE LUGO, MÓNICA; “El reconocimiento del derecho a la

participación política de los inmigrantes: Algunas experiencias», *Revista Derechos y Libertades*. nº18. Época II. 2008, pp. 141-160.

- MESSINA, ANTHONY M.; “The political incorporation of immigrants in Europe. Trend and implications”, en MESSINA, ANTHONY M. y LAHAV, GALLYA (coord.); *The Migration Reader: exploring politics and policies*. Lynne Rienner. Boulder- CO. 2006, pp. 470 a 493
- MEZZADRA, SANDRO; *Derecho de Fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Traficantes de sueños. Madrid, 2005.
- MORRIS, LYDIA; *Managing migration: civic stratification and migrant’s rights*. Routledge. Londres, 2002.
- MORODO, RAÚL y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO; *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México D.F., 2001.
- MOYA MALAPEIRA, DAVID y VIÑAS FERRER, ALBA (eds.); *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*. Fundación Carles Pi i Sunyer. Barcelona, 2010.
- McPHERSON, C.B. *Democracia liberal y su época*. Alianza. Madrid, 1981.
- NUSSABUM, MARTHA; *Los límites del patriotismo*. Paidós. Barcelona, 2006.
- OVEJERO, FÉLIX, MARTÍ, JOSÉ LUIS Y GORGONELLA, ROBERTO; *Nuevas ideas republicanas*. Paidós. Barcelona, 2004.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO; “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, vol. 1º. Civitas. Madrid, 1995.
- PATEMAN, CAROLE; *El contrato sexual*. Anthropos. Madrid, 1995.
- PECES BARBA, GREGORIO; *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III / BOE. Madrid, 1995.
- PEÑA ECHEVERRÍA, FRANCISCO J.; *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*. Publicaciones de la Universidad de Valladolid. Valladolid, 2000.

- PÉREZ ROYO, JAVIER; *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2005.
- PÉREZ-YRUELA, MANUEL y RINKEN, SEBASTIÁN; *La integración de los inmigrantes en Andalucía*. CSIC-IESA. Madrid, 2005.
- PÉREZ VERA, E y ABARCA JUNCO, P. “Art. 13: extranjería” en ALZAGA VILLAMIL, O. -dir.-, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II. Edersa. Madrid, 2006, pp. 183-202.
- PETIT, PHILIP; *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós. Barcelona, 1999.
- PHILLIPS, ANNE; *The politics of presence*. Oxford University Press. Oxford, 1995.
- PORRAS NADALES, ANTONIO; “La Constitución Económica y los derechos de los trabajadores”, en VVAA; *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 2010, pp. 643-666.
- PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL; *El derecho de voto*. Tecnos. Madrid, 2003.
- PUTNAM, ROBERT D.; “La comunidad próspera. El capital social y la vida pública”, *Zona Abierta* n° 94/95. 2001, pp. 89-104.
- RAMIRO AVILÉS, MIGUEL ÁNGEL; “El derecho de sufragio activo y pasivo de los inmigrantes. Una utopía del siglo XXI”, *Revista Derechos y Libertades*. n°18. Época II. 2008, pp. 97-124.
- RASKIN, JAIME; “Legal aliens, local citizens. The historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage”, *University of Pennsylvania Law Review*, n° 141. 1993, pp. 391-441.
- RAWLS, JOHN; *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós. Barcelona, 2002.
- REBOLLO DELGADO, LUCRECIO; *Partidos políticos y democracia*. Dykinson. Madrid, 2007.
- REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS; *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento jurídico. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*. McGraw Hill. Madrid, 1995.

- REY MARTÍNEZ, FERNANDO; “Igualdad y discriminación. Estrategias contra la discriminación, las castas y la ciudadanía debilitada”, en VVAA; *La inclusión del otro: Más allá de la tolerancia*. Biblioteca de Ensayo. Córdoba, 2007.
- RODOTÀ, STEFANO; *La vida y las reglas. Entre el Derecho y el no Derecho*. Trotta. Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derechos de la Unión Europea* nº1. 2º semestre 2001, pp. 45-58.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, JUAN; *Los derechos políticos de los extranjeros*. Civitas. Madrid, 1997.
- ROSA, F. ESTEBAN DE LA; “Artículo 6. Participación pública”, en ESPLUGUES, C. (coord.); *Comentarios a la ley de extranjería*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 142-178.
- RUBIO, ANA y MOYA, MERCEDES; “Nacionalidad y ciudadanía. Una relación a debate”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Nº37 (*Ciudadanía e inmigración*). Granada, 2003.
- RUBIO CARRACEDO, JOSÉ; *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Trotta. Madrid, 2007.
- RUIZ, ANTONIA Mª y SAMPEDRO, VÍCTOR; *La Constitución Europea en la prensa española de ámbito nacional: un análisis comparativo de El País, El Mundo y ABC*. DT 1/2005. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Madrid, 2005.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, JOAQUÍN; “Art. 10. Derechos Fundamentales de la persona”, en ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR (dir.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II. Cortes Generales-Edersa. Madrid, 1997.
- SAGARRA I TRIAS, EDUARD; *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Publicacions i Edicions UB. Barcelona, 2002.

- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO; “Diversidad cultural y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* nº16. Noviembre 2007, pp. 47-71.
- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO; *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- SÁNCHEZ AGESTA, LUIS; *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Edersa. Madrid, 1993.
- SANTOLAYA, PABLO y REVENGA, MIGUEL; *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.
- SANTOLAYA, PABLO y DÍAZ CREGO, MARÍA; *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.
- SÁINZ, FERNANDO y HERRERO, MERCEDES (eds.); *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*. Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1989.
- SANZ MORENO, JOSÉ ANTONIO; “La nación y los nuevos ciudadanos del Estado democrático”. *VII Congreso ACOES: “30 años de Constitución”*. Madrid, 2009.
- SARTORI, GIOVANNI. *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus. Madrid, 2001.
- SASSEN, SASKIA. *Contrageografías de la globalización: Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Traficantes de Sueños. Madrid, 2003.
- SCHMITT, CARL; *Teoría de la Constitución*. Alianza. Madrid, 2006.
- SCHNAPPER, DOMINIQUE; *La comunidad de los ciudadanos: Acerca de la idea moderna de nación*. Alianza. Madrid, 2001.
- SCHUMPETER, J.A. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Orbis. Barcelona, 1983.

- SINCLAIR, ROBERT K. *Democracia y participación en Atenas*. Alianza. Madrid, 1999.
- “Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España. Informe CEAR”. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Madrid. Diciembre 2009.
- SOLANES CORELLA, ÁNGELES; “La participación política de las personas inmigrantes: Cuestiones para el debate”, *Revista Derechos y Libertades* nº18. Época II. 2008, pp. 67-95.
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA; J.J.; Voz “dignidad de la persona”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas. Madrid, 1995, pp. 2490-2491.
- SOYSAL, YASEMIN; *Limits of citizenship. Migrants and the postnational membership in Europe*. Chicago University Press. Chicago, 1994.
- SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE; *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Desclée. Bilbao, 2003.
- TAJADURA TEJADA, JAVIER; *Partidos políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*. Thomson Civitas. Madrid, 2004.
- TAYLOR, CHARLES; *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Paidós. Barcelona, 2006.
- VIDAL FUEYO, CAMINO; “La nueva Ley de Extranjería a la luz del Texto Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº62. 2001, pp. 179-218.
- VIDAL FUEYO, CAMINO; “Nuevas variables a tener en cuenta en el diseño del estatuto jurídico de los inmigrantes”, *Revista General de Derecho Constitucional* nº3. 2007.
- YOUNG, IRIS MARION; *Justice and the politics of difference*. Princeton University Press. Nueva Jersey, 1990.
- ZAPATA-BARRERO, RICARD; “La ciudadanía en contextos de multiculturalidad: Proceso de cambios de paradigmas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Nº37(Ciudadanía e inmigración). Granada, 2003.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.

- Tribunal Constitucional.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1981, de 10 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981, de 17 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983, de 4 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1983, de 28 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1984, de 1 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1984, de 25 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1986, de 25 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1987, de 6 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1988, de 12 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991, de 14 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1991 de 22 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991 de 14 de noviembre.
- Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993, de 21 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1993, de 29 de marzo.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1993, de 14 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 291/1993, de 18 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 194/1994, de 27 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994, de 27 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1995, de 17 de julio.
- Auto del Tribunal Constitucional 94/1997, de 7 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999, de 22 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, de 31 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2000, de 29 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo.
- Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 284/2005, de 7 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 de diciembre.

bre.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 261/2007, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 262/2007, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 263/2007, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 264/2007, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 265/2007, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2008, de 21 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2011, de 2 de noviembre.

- Tribunal Supremo.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 25 de junio de 1980.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 29 de marzo de 1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 2 de diciembre de 1998.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 23 de noviembre de 2005.
 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 6 de febrero de 2007.
 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 9 de abril de 2007.
 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 16 de septiembre de 2007.
 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 16 de octubre de 2007.
- **Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.**
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Advo.) nº509 de 28 de junio de 1995.
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos de Humanos 10730/84, de 21 de junio de 1988, en el caso Berrehab vs Holanda.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos de Humanos 17851/91 de 26 de septiembre de 1995, en el caso Vogt vs República Federal de Alemania.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos de Humanos 25404/94, de 21 de octubre de 1997, en el caso Boujlifa vs Francia.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos de Humanos 21237/93, de 30 de enero de 1998, en el caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros vs Turquía.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos 24833/94, de 18 de febrero de 1999, en el caso Matthews vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 1998, en el caso C-323/97 UE vs Reino de Bélgica.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006, en el caso C-145/04 Reino de España vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006, en el caso C-300/04 M.G. Eman y O.B. Servinger vs College van burgemeester en wethouders van Den Haag.

- Tribunales de carácter constitucional de Derecho comparado.

- Tribunal Constitucional Federal de Alemania:

- Sentencia 2BvF 2/1989, de 31 de octubre de 1990.
- Sentencia 2BvF 3/1989, de 31 de octubre de 1990.

Tribunal Constitucional Federal de Austria:

- Sentencia G218/03, de 30 de junio de 2004.

- Consejo Constitucional de Francia:

- Decisión 92-308 DC, de 9 de abril de 1992.
- Decisión 92-312 DC, de 2 de septiembre de 1992.

- Corte Constitucional de Italia:

- Sentencia 372 de 2004.
- Sentencia 379 de 2004.

- Tribunal Constitucional de Polonia:

- Sentencia K18/04, de 11 de mayo de 2005.

FUENTES ELECTRÓNICAS DE DERECHO COMPARADO.

- Unión Europea.

● Alemania:

-Ley Fundamental de Bonn.

Traducción española disponible en la página web oficial de la embajada de Alemania en Argentina:

http://www.buenos-aires.diplo.de/contentblob/2227504/Daten/375140/Grundgesetz_Download.pdf

14/11/2011

● Austria:

-Constitución austriaca. Traducción española en la página “web” oficial del Consejo Económico y Social:

<http://www.ces.es/TRESMED/docum/aus-cttn-esp.pdf>

14/11/2011

● Bélgica:

-Constitución belga. Página “web” oficial del Senado belga.

http://www.senaat.be/www/?Mlval=/index_senate&MENUID=22000&LANG=fr

14/11/2011

● Francia:

-Constitución francesa. Traducción española en la página “web” oficial de

la Asamblea Nacional francesa:

<http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>

14/11/2011

● **Italia:**

-Constitución italiana. Traducción española en la página “web” oficial del Consejo Económico y Social:

<http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>

14/11/2011

● **Irlanda:**

-Constitución irlandesa.

http://www.taoiseach.gov.ie/attached_files/Pdf%20files/Constitution%20of%20Ireland.pdf

14/11/2011

-Ley electoral irlandesa

23/1992.

<http://www.irishstatutebook.ie/home.html>

14/11/2011

● **Polonia:**

-Constitución polaca. Traducción inglesa disponible en la página “web” del Parlamento polaco:

<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

14/11/2011

● **Reino Unido:**

-Representation People Act.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/2/section/1>

14/11/2011

-European Parliament Representation Act

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/7/contents>

14/11/2011

- **Países europeos que no forman parte de la Unión Europea.**

● **Islandia:**

- Constitución islandesa. Traducción inglesa disponible en la página “web” oficial del gobierno islandés:

<http://www.government.is/constitution/>

14/11/2011

● **Liechtenstein:**

-Constitución de Liechtenstein. Traducción inglesa en página “web” oficial del gobierno de Liechtenstein:

<http://www.llv.li/verfassung-e-01-02-09.doc.pdf>

14/11/2011.

● **Noruega:**

- Constitución noruega Traducción española en la página “web” de la Universidad de Oslo:

<http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-18140517-000-spa.pdf>

14/11/2011

● **Suiza:**

- Constitución suiza. Ver traducción española en la página oficial de las autoridades federales de la Confederación Helvética:

<http://www.admin.ch/org/polit/00083/index.html?lang=en>

14/11/2011

- **Países de América del Norte y Caribe.**

● **Canadá:**

- "Canadian Charter of Rights and Freedoms" y "Canada Elections Act" (S.C. 2000, c. 9).

Disponibles en la página "web" del Departamento de Justicia del Gobierno de Canadá:

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/>

14/11/2011

● **Estados Unidos:**

- Constitución estadounidense: Traducción española disponible en la página "web" de los "National Archives" del Gobierno Federal:

<http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

14/11/2011

● **Trinidad y Tobago:**

- Constitución: Página "web" oficial del Gobierno de Trinidad y Tobago:

http://rgd.legalaffairs.gov.tt/Laws2/Alphabetical_List/lawspdfs/1.01.pdf

14/11/2011

- **Países de América Latina.**

● **Argentina:**

- Constitución argentina. Ver en la página "web" oficial del Senado de la República de Argentina:

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

14/11/2011

- Código Electoral Nacional (Decreto 2135/83). Ver en la página

“web” oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos argentino:

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/CELECTORAL.html>

14/11/2011

● **Bolivia:**

- Constitución boliviana.

<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>

20/05/2011

- Ley nº4021 del Régimen Electoral Provisional

http://www.cne.org.bo/PadronBiometrico/normas/Ley4021_14042009.pdf

20/05/2011

● **Brasil:**

- Constitución brasileña. Traducción española disponible en la “Political Data Base of the Americas” de la Universidad de Georgetown:

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>

14/11/2011

-Decretos 70391/72 y 70436/72 (en portugués).

<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/114974/decreto-70391-72>

14/11/2011

<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/114965/decreto-70436-72>

14/11/2011

● **Chile:**

- Constitución chilena. Página “web” de la Cámara de los Diputados chilena:

http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf
14/11/2011

-Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios (Ley 18700 de 6 de mayo de 1988) Página “web” de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30082>
14/11/2011

● **Colombia:**

- Constitución colombiana. Página “web” oficial del Banco Central colombiano.

<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>
14/11/2011

- Ley 1070/2006 de 31 de julio. Página “web” oficial del Senado colombiano:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1070_2006.html#5:](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1070_2006.html#5)

14/11/2011

● **Ecuador:**

- Constitución ecuatoriana. Página “web” oficial de la Asamblea Nacional ecuatoriana:

http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

14/11/2011

● **México:**

- Constitución mexicana. Disponible en la página “web” oficial de la Cámara de Diputados mexicana:

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

14/11/2011

● **Paraguay:**

- Constitución paraguaya. Ver en la página “web” oficial del Tribunal Superior de Justicia Electoral de Paraguay:

<http://www.tsje.gov.py/constitucion-nacional.php>

14/11/2011

- La Ley de Migraciones paraguaya (ley n°978 de 27/06/1996).

<http://www.migraciones.gov.py/uploads-adjuntos/ley%20978%20migraciones.pdf>

14/11/2011

- Código Electoral Paraguayo (Ley n°834/96).

http://www.tsje.gov.py/legislacion/leyes/1996/leyes-834_5.html

14/11/2011

- Ley Orgánica Municipal (Ley n°1294/87).

http://www.semillas.org.py/pdf/ley_1294_87.pdf

14/11/2011

● **Perú:**

- Constitución peruana. Página web oficial del Tribunal Constitucional de Perú:

<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

14/11/2011

- Ley Orgánica de las Municipalidades, Ley n°27972.

<http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Documentos/Leyes%20Org%C3%A1nicas/LEY%20ORG%C3%81NICA%20DE%20MUNICIPALIDADES%20LEY%20N%C2%BA%2027972.pdf>

14/11/2011

- Ley de Elecciones Municipales, Ley n°26864.

<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26864.pdf>
14/11/2011

● **Uruguay:**

- Constitución uruguaya. Página “web” oficial del Parlamento de Uruguay:

<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>
14/11/2011

● **Venezuela:**

- Constitución venezolana. Página “web” oficial del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>
14/11/2011

- Ley Orgánica del Sufragio y la Participación Política

<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/LOSPP.htm>
14/11/2011

- **Países de África, Asia y Oceanía.**

● **Cabo Verde:**

- Constitución caboverdiana. Disponible en portugués en la página “web” oficial del Gobierno de la República de Cabo Verde:

<http://www.governo.cv/>
14/11/2011

- Código Electoral de la República de Cabo Verde (Ley n.º92/V/99, de 08/02/1999.

Disponible (en portugués) en:

www.reformadoestado.gov.cv

14/11/2011

● **Corea del Sur:**

- Constitución coreana. Traducción inglesa disponible en:

http://english.ccourt.go.kr/home/att_file/download/Constitution_of_the_Republic_of_Korea.pdf

14/11/2011

- Ley electoral de Corea del Sur. Versión inglesa disponible en la página web oficial de la Comisión Nacional Electoral de Corea del Sur:

http://www.nec.go.kr/engvote/about/laws_regulations.jsp

14/11/2011

● **Nueva Zelanda:**

- Constitution Act, 1986. Página oficial del “Parliamentary Counsel Office” de Nueva Zelanda:

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0114/latest/DLM94204.html>

14/11/2011

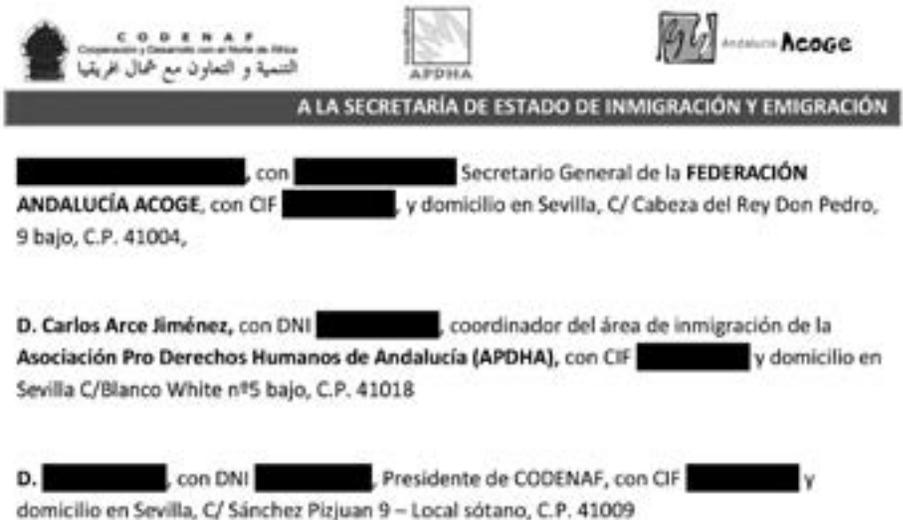
- Electoral Act, 1993.

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0087/latest/DLM307519.html>

14/11/2011

ANEXO DOCUMENTAL.

- **Documento nº1:** Copia del escrito donde se ejerce el derecho de petición ante la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración por parte de APDHA, Andalucía Acoge y CODENAF.



Por el presente escrito comparecemos y como mejor proceda **DECIMOS**:

Primero. Que recientemente, esta Secretaría de Estado dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ha hecho públicos los datos referidos a “Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor y Extranjeros con autorización de estancia por estudios en vigor a 31 de marzo 2010”. Según dicho documento, las personas extranjeras con Autorización de Residencia de Larga Duración de los países que se relacionan a continuación son:

País	Número de personas
Argentina	18.789
Bolivia	8.862
Chile	8.723
Colombia	84.434
Ecuador	157.747
Uruguay	5.111
Venezuela	4.500
Paraguay	1.008
Perú	45.646
Corea del Sur	1.503
Nueva Zelanda	67
Cabo Verde	1.493
Burkina Faso	372
Trinidad y Tobago e Islandia:	Sin datos concretos.

Segundo.- Que por otro lado, el Gobierno español viene realizando una intensa labor tendente a celebrar Acuerdos con terceros países para el reconocimiento recíproco del derecho de voto en las elecciones municipales. Esta labor se centra en los 15 países relacionados arriba, y se ha concretado hasta el momento en la firma de 9 Acuerdos.

Tercero.- Que de acuerdo con las estimaciones publicadas en los medios de comunicación, el número de personas extranjeras que se vería beneficiada por estos Acuerdos de cara a las próximas elecciones municipales de 2011 se estima entre 500.000 y 1 millón de personas. Así por ejemplo, el medio PARAINMIGRANTES.INFO decía que: “El Ministerio de Asuntos Exteriores calcula que los convenios negociados afectan hoy a una población global de algo más de un millón de personas que tendrían 18 años en 2011 si bien sólo unas 650.000 podrían estar ya en condiciones de votar en esos comicios locales, pues son las que habrían cumplido la condición que pone España en los convenios, que es haber cumplido cinco años de residencia en nuestro país”.

Cuarto.- Que, como quiera que dicha estimación no concuerda con los datos oficiales que maneja esta Secretaría de Estado (el número de extranjeros nacionales de los países mencionados que podrían votar sería de 338.255 aproximadamente), y dada la importancia que a juicio de nuestra entidad reviste la exactitud de dichos datos:

Por el presente escrito, en ejercicio del DERECHO DE PETICIÓN reconocido en el artículo 29 de la Constitución Española y desarrollado por la LO 4/2001, de 12 de noviembre, SOLICITO de esta Secretaría de Estado:

1. La relación del número de personas extranjeras con Autorización de Larga Duración, nacionales de los países con los que España ha firmado Acuerdos y que a fecha de 31 de marzo de 2010 tienen edad suficiente para votar. Desglosada por nacionalidades.
2. La previsión de personas nacionales de países con los que España ha firmado Acuerdos que para las elecciones del 2011 tendrían edad para votar.

3. Lo mismo que en los dos puntos anteriores, pero referido a los terceros países con los que España está negociando Acuerdos de reciprocidad de voto.

En Sevilla, a 28 de junio de 2010.

Carlos Arce Jiménez Said Bentríka
Secretario Gral. Andalucía Acoge Coordinador Área Inmigración APDHA
Presidente CODENAF

- **Documento nº2:** Copia del escrito de respuesta de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración al citado ejercicio del derecho de petición.



SECRETARÍA DE ESTADO DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN

CONSEJO PARLAMENTARIO DE LA INMIGRACIÓN

OFICIO

FECHA: 22 de julio de 2010

ASUNTO: Solicitud de información sobre número de extranjeros afectada por los Acuerdos de 190/10/02 de 1998

DISTRINTADO: [Redacted] Federación Anatólica Aragón - C/ Caballeros del Rey Don Pedro, 8, Bajo - 41004 Sevilla

En contestación al escrito de 29 de junio de 2010 en el que se solicita a esta Secretaría de Estado información sobre el número de nacionales de los países con los que España ha firmado o está negociando Acuerdos de reciprocidad de voto, a continuación se adjuntan los datos solicitados:

Extranjeros con autorización de residencia de larga duración en vigor, de 17 a más años, 31-03-2010

	Edad a 31 de marzo de 2010		
	Total	17 años	18 y más años
Países con Acuerdo en vigor			
Total	279.898	2.348	277.550
Chile	8.798	49	8.749
Colombia	78.777	767	78.010
Ecuador	148.070	1.303	146.767
Nuevo León	52	0	52
Paraguay	908	0	908
Perú	44.204	228	43.976
Países para los que se ha aprobado en Consejo de Ministros la concesión del derecho al voto, pero el Acuerdo no está formalizado			
Total	38.898	248	38.650
Argentina	17.954	123	17.831
Bolivia	8.180	80	8.100
Cabo Verde	1.401	13	1.388
Indonesia	1	0	1
Trinidad y Tobago	1	0	1
Uruguay	8.960	118	8.842
Venezuela	6.170	32	6.138
Países con acuerdos pendientes de autorización y de transición parlamentaria			
Total	1.900	24	1.876
Burkina Faso	209	4	205
Comora del Sur	1.691	20	1.671



LA DIRECTORA

[Handwritten signature]

COMUNICACION ELECTRONICA

Boletín Anual 14
Págs. 11-143, 14-17
Fol. 11 (2011-14-3)

- **Documento nº3:** Copia del correo electrónico remitido el 01/02/2011 por el INE a la federación Andalucía Acoge, entidad que ostentaba las labores de secretaría en la plataforma “Todos iguales, todos ciudadanos”, aportando los datos definitivos sobre la incorporación al CERE de residentes extranjeros nacionales de los países con nuevos tratados bajo el criterio de reciprocidad.

----- Mensaje original -----

Asunto:electores3

Fecha:Tue, 01 Feb 2011 10:03:17 +0100

De: [Redacted] <menendez@ine.es>

Para:<comunica@acoge.org>

Electores CERE Acuerdos para municipales de 22 de mayo 2011 a 28 de enero por nacionalidades

Pais		Comunicaciones	Electores
Total		350.287	45.554
114	ISLANDIA		152
120	NORUEGA		6.027
207	CABO VERDE		0
341	BOLIVIA		27.502
343	COLOMBIA		95.192
344	CHILE		10.078
345	ECUADOR		168.639
347	PARAGUAY		4.305
348	PERU		38.244
504	NUEVA ZELANDA		148
			24
			790
			22
			4.209
			11.195
			1.131
			22.213
			574
			5.365
			31

[Redacted]
 Gabinete de prensa
 Paseo de la Castellana 183, Madrid
 Teléfono 915.839.219
 Modulo 1011
 Teléfono Gabinete Prensa 915.839.363

documentos

dPA
defensor del
pueblo Andaluz



ISBN 978-84-695-6592-6

