

LA INTEGRACION NACIONAL Y EUROPEA DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS DESDE EL RECONOCIMIENTO Y GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ana Aba Catoira
Universidad de A Coruña

I. PRESENTACION: OBJETIVO DE ESTA COMUNICACIÓN

En esta comunicación se pretende estudiar la integración de las personas que llegan a nuestros países procedentes de otros Estados y que, en consecuencia, tienen el estatus de personas extranjeras. Por extranjeros entendemos según se establece en la Constitución Española¹ y en la Ley Orgánica de Derechos de los Extranjeros² “las personas que carecen de nacionalidad española” pudiéndose establecer dos categorías de extranjeros, los que son nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea y los extranjeros no comunitarios. Para determinar dicho estatus en ningún caso se atiende al concepto de ciudadanía que, como se dirá, se ostenta por razón de la nacionalidad.

Por lo que se refiere a la integración estamos ante uno de los pilares de las políticas aprobadas por la Unión Europea y los Estados miembros en materia de inmigración. En la Comunicación COM (2000) 757³ es definida como “proceso

¹ Artículo 11:

1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley.
2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.
3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12/01/2000. Art. 1 de la Ley actualizada a 21/11/2003.

³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración, COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre de 2000.

bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes”. Se constata la aplicación de un principio general consistente en que las personas aceptadas en los países de acogida deben de disfrutar de un estatus equiparable al de los nacionales de dichos Estados, si bien el tiempo de duración de su estancia puede ser tenido en cuenta para su posible ampliación.

Asimismo, no está de más traer a colación como la propia Ley española establece en su art. 2.bis lo siguiente: “Corresponde al Gobierno [...]”

c)- “la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía”

e)- “la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de igualdad de derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la ley”

f)- “la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los Tratados Internacionales y las leyes reconocen a todas las personas”.

En el art. 2 ter relativo a la integración se establece que:

1. “Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española en un marco de convivencia de identidad y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y a la ley”
2. “Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y demás leyes, en condiciones de igualdad de trato”.

En cuanto a los derechos e interpretación de las normas en el art. 3 se establece que:

1. “Les corresponden los derechos del Título I de la Constitución en los términos que establezcan los Tratados Internacionales, la Ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general

se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la Ley en condiciones de igualdad con los españoles”

2. “Las normas relativas a derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales”.

En estas páginas intentaremos poner de manifiesto la importancia de este reto democrático, así como la creencia de que sin reconocimiento y garantía de los derechos no hay inclusión posible en las sociedades receptoras. Inclusión o integración que se erige como deber de la Administración que debe ser introducida como pilar básico de las políticas de inmigración⁴. Del mismo modo hemos de recordar que el Derecho Constitucional es un Derecho para las personas, por lo que la solución a este desafío reside en la Constitución que permite afirmar que los inmigrantes son sujetos de derechos que han de disfrutar de un estatuto jurídico pleno, lo que supone un reconocimiento de derechos tanto en lo relativo a su titularidad como a su ejercicio y, en concreto, de los derechos de participación respecto a los cuales los estados continúan manteniendo fuertes reticencias reforzadas en momentos como el actual donde priman las políticas securitarias sobre los derechos y la libertad⁵.

Cierto es que la llegada de inmigrantes a nuestras sociedades no es un fenómeno desconocido y que, en el ámbito de la Unión Europea, responde a tres grandes razones: humanitarias, de reagrupación familiar o a causa de las fuerzas económicas y de mercado. Sin embargo, aún no siendo reciente en el tiempo, si que se ha convertido en cuestión de máxima actualidad por la grave crisis migratoria causada por las guerras y el terrorismo islamista. La necesidad de controlar estos flujos migratorios, principal preocupación comunitaria y nacional, no es incompatible con el reconocimiento de un estatus que lleva aparejado derechos y deberes equiparables a todos aquellos de los que

⁴ ZAPATA BARRERO, R.: “La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos” en AÑÓN M. J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 199-221.

⁵ De forma muy directa escribe SOLANES, A. “La integración si derechos. De la irregularidad a la participación”, p. 3, que “sólo desde estos parámetros que cuestionan las generalizaciones y los fobotipos que estigmatizan al colectivo inmigrante es posible apostar por una auténtica política de integración la base imprescindible de la normativa que pase de la consideración del extranjero como objeto a la catalogación de sujeto”.

disfruta la ciudadanía/nacionales de dicho Estado sin olvidar que es una cuestión hartamente dificultosa que no puede recibir una respuesta uniforme al depender entre otras muchas cosas de la economía y demografía de cada Estado dentro de la Unión Europea, de la preparación de una sociedad para acoger a todas estas personas con éxito, de las relaciones históricas y culturales mantenidas con los países de origen, de la actitud proclive o de rechazo de la población, del conocimiento que se pueda tener del fenómeno migratorio, de las campañas de sensibilización social sobre beneficios mutuos, de fenómenos como el racismo y la xenofobia, de los trámites existentes para la regularización, del peso de la inmigración irregular, de las mafias etc.

Y siempre teniendo muy presente que mientras se mantenga una representación de las personas migrantes como ilegales y marginales, personas sin derechos no integradas, será imposible avanzar hacia la inclusión social y política y muy al contrario iremos hacia una radicalización de posiciones intolerantes con la diversidad social, racial y cultural. Las políticas de integración proactivas que colocan al ser humano como elemento central resultan imprescindibles al ser las únicas que contemplan a las personas inmigrantes como sujetos de derechos.

II. EL ELEMENTO HUMANO DE LA UNION EUROPEA Y DE SUS ESTADOS MIEMBROS Y LA EVIDENTE DESIGUALDAD EN LOS DERECHOS

El elemento humano de la Unión Europea está conformado por la ciudadanía europea y por todas aquellas personas que residen en cualquiera de los Estados que integran esta organización supranacional sin ser nacionales de ninguno de ellos⁶. Dentro de este último grupo cabe diferenciar, en materia de reconocimiento y protección de derechos, entre quienes tienen su situación administrativa regularizada y quienes están

⁶ Las siguientes cifras ponen de manifiesto como la migración es en 2011, casi 32 millones de ciudadanos extranjeros vivían en Estados miembros de la UE, y estos representaban el 6,3 % de la población total de los Estados miembros de la EU-28. Aproximadamente el 60 % de los ciudadanos extranjeros que vivían en Estados miembros de la UE eran ciudadanos de un país no miembro (es decir, de fuera de la UE), mientras que los demás eran ciudadanos de otros Estados miembros de la UE. Las mayores poblaciones de ciudadanos extranjeros se registraron en Alemania (6,1 millones), España y el Reino Unido (ambos con algo más de 5 millones de ciudadanos extranjeros), Italia (4 millones) y Francia (3,8 millones). Bélgica (con 1,2 millones de ciudadanos extranjeros) fue el único Estado miembro de la UE, de entre todos los demás, con más de un millón de ciudadanos extranjeros. Estos datos se han obtenido del documento “Estadísticas de migración y población migrante”, Eurostat.

en situación de irregularidad, esto es, aquellas personas que llegan a los países de la Unión Europea contraviniendo normas nacionales y europeas en materia de entrada y permanencia.

Por tanto, la población de la Unión Europea se sostiene, y en algunos países se incrementa, gracias a la llegada de estas personas⁷ que, sin embargo, no son tratadas jurídicamente de la misma manera que el resto de la población, simplemente por su condición de no nacionales y/o no residentes. Una circunstancia que en el caso de los extranjeros no comunitarios se agrava dado que las restricciones de sus derechos no provienen por razón de la nacionalidad, elemento que permite una regulación desigual del ejercicio de los derechos que no la privación de los mismos, sino en base a la autorización administrativa de residencia de la que se hace depender sus derechos fundamentales, si están regularizados o no, obviamente en referencia a los extranjeros no comunitarios⁸.

Evidentemente su establecimiento en suelo europeo plantea numerosos y complejos problemas que representan enormes desafíos para los Estados y que requieren soluciones adecuadas y armonizadas dentro de un espacio común europeo. La integración europea se erige como uno de los grandes problemas de nuestras sociedades que se enfrentan a la necesidad de alcanzar una convivencia integradora a base de políticas eficaces, implementación de recursos y grandes dosis de voluntad por parte de las personas y de las instituciones. En este proyecto de convivencia se requiere de la voluntad de las dos partes, pues se trata de articular derechos y deberes mutuos para lograr la equiparación de todas las personas que viven en territorio europeo y asumir valores democráticos de convivencia como paso previo para acceder a derechos, bienes, servicios y para poder participar en la vida política.

⁷ Recordemos cómo entre las causas de los profundos cambios demográficos en la Unión Europea destaca el incremento de los flujos migratorios.

⁸ Algunos autores llaman la atención sobre la posibilidad de que la legislación española, en la misma línea que otros países europeos, casos de Alemania o Bélgica, persiga la finalidad de frenar la inmigración irregular a base de restringir derechos. En este sentido se han pronunciado AJA, E. y ARANGO, J.: “Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y Sociológica, (1985-2004), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, p.213; SOLANES, A.: “Integración sin derechos ...” cit., p.13.

Lo cierto es que las posiciones de los estados europeos difieren notablemente, piénsese en Gran Bretaña, Alemania o Francia, que apuestan por políticas bien distintas en materia de integración, coexistiendo, igualando o manteniendo las diferencias si bien todas desfavorables a extender los derechos a todos los extranjeros y, particularmente, los derechos de participación aunque hayan regularizado su situación. Así las cosas, constatamos como las políticas de inmigración presentan una fuerte impronta del elemento securitario que presenta al fenómeno de la inmigración con fuertes sesgos negativos para nuestro modelo social y nuestros valores democráticos.

En este orden de cosas, es manifiesto que la necesidad de llevar a cabo una política eficaz contra la inmigración ilegal ha supuesto un endurecimiento de las medidas adoptadas por los estados nacionales no siempre respetuosas con la garantía de los derechos fundamentales de las personas que viven en nuestros países. Este endurecimiento y consiguiente desprotección de derechos es una característica compartida a pesar de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece la obligación de los Estados de garantizar los derechos de todas las personas como correlato de la dignidad humana incluyéndose quienes no son nacionales de alguno de los estados miembros y están viviendo en suelo de alguno de ellos. Como queda dicho es obvio que los Estados no están obligados a dar un trato igual respecto a sus nacionales, pero también lo es que quedan vinculados a garantizar un contenido mínimo necesario para preservar su dignidad no pudiendo aprobar leyes inconstitucionales que vulneran reconocimientos constitucionales a favor de los derechos de los extranjeros. Esta es la situación que se viene produciendo a través de las reformas legales realizadas en los países europeos para luchar contra la inmigración irregular.

II. INTEGRACION A TRAVÉS DEL RECONOCIMIENTO Y TUTELA DE LOS DERECHOS

El reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas extranjeras y la posibilidad de su ejercicio efectivo en situación homóloga a los nacionales supone avanzar en la integración dentro de un marco democrático. A nadie se le oculta como

una mayor participación y que ésta se haga de la mejor manera posible permite ser y sentirse parte de la comunidad donde se reside, en la que se trabaja y donde se pretende desarrollar un proyecto vital.

Este reconocimiento no se ha realizado al mismo ritmo dependiendo de la naturaleza de los derechos, siendo común establecer una clasificación tripartita en base a la que se reconocen a los extranjeros unos y no otros por razón de la nacionalidad. Así, los derechos civiles se han reconocido sin grandes reticencias mientras que los derechos de participación política les han sido negados históricamente por razón de la nacionalidad configurada como nexo con el Estado. Este concepto clásico de ciudadanía se gestó en los inicios del Estado liberal unido al de nacionalidad, por lo que los nacionales son los ciudadanos y dicho estatus los convierte en sujetos de derechos.

La universalidad de los derechos y la igualdad en los mismos se afirma respecto de un colectivo homogéneo que forma la Nación (varón, blanco, propietario y francés) por lo que no contempla la diferencia o diversidad dentro de la sociedad. Así en la construcción jurídica de los derechos reconocidos en igualdad y con carácter universal juega un papel esencial este elemento de la nacionalidad que determina quienes disfrutan de los mismos. Así, pues, la nacionalidad como categoría jurídica se opone por definición a la de extranjería, representando la homogeneidad de la Nación frente a las diferencias o heterogeneidad de los extranjeros que no son sujetos de derechos por no estar sometidos al poder de ese Estado al que no están vinculados jurídicamente. La ausencia de esta condición priva del disfrute de derechos que solo ostentan quienes integran esa organización jurídico-social a la que están llamados a participar como titulares de la soberanía nacional. La nacionalidad será el criterio para atribuir derechos de participación en el Estado al que se pertenece.

Ciertamente, este concepto clásico de ciudadanía se ha mantenido a lo largo del tiempo aplicándose como criterio de atribución de derechos frente a los no nacionales sin demasiadas oscilaciones. Esto sucede con los derechos del art. 23 de la Constitución, pues el art. 13.2º dice que “solamente los españoles serán titulares de los derechos del art. 23” que reconoce el derecho de participación en los asuntos públicos “a los

ciudadanos”. Así, se establece el criterio de nacionalidad/ciudadanía desechando un concepto más democrático y más expansivo favorecedor de la integración al sustentarse sobre el elemento de pertenencia a la colectividad, ya sea la vecindad, la residencia habitual, el empadronamiento o simplemente el hecho de habitar en un territorio donde se realizará el proceso de participación⁹. Efectivamente, resulta posible defender desde la Constitución una graduación en la ciudadanía atendiendo al vínculo que se mantiene con el Estado en cuyo territorio se vive, y así a la nacionalidad le seguiría la residencia y así sucesivamente, reconociéndose derechos de ciudadanía en todos los niveles¹⁰.

Hay que destacar como este elemento convierte en un imposible la universalización de los derechos ya que las posibilidades de adquirir la nacionalidad española, reguladas en el Código Civil, son más bien escasas. La vía del nacimiento, la residencia, por opción, por carta de naturaleza y por posesión de estado, completándose con la posibilidad para quienes hayan nacido en España con padres extranjeros si la legislación de los países de sus progenitores no les otorga dicha nacionalidad.

El criterio de la nacionalidad como atributivo de derechos no sólo es aplicado en los Estados sino también por la Unión Europea por ejemplo para la expedición de visados necesarios para entrar en territorio europeo¹¹. Por tanto, tal como venimos insistiendo, el criterio de la nacionalidad, que comporta en sí mismo la ciudadanía, es una enorme vía de restricción de derechos que ha sido validado por el Tribunal Constitucional como criterio a utilizar por el legislador en la configuración del estatuto legal de extranjería. Esto lo anterior, nos sitúa ante un escenario en el que la población inmigrante no disfruta de derechos políticos mientras que si ha ido alcanzando otros

⁹ El criterio de vincular derechos no a la nacionalidad sino a la ciudadanía unida a la residencia en DE LUCAS MARTIN, J. “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración” en DE LUCAS MARTIN, J. y DIEZ BUESO, L.: *La integración de los inmigrantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 11-43.

¹⁰ En esta línea ver el estudio de ALAEZ CORRAL, B.: “Nacionalidad y soberanía desde la perspectiva de la soberanía democrática” en PRESNO LINERA, M.A.: *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

¹¹ La nacionalidad se define (en el contexto del censo de población y vivienda) como “el vínculo jurídico particular entre una persona y un Estado, adquirido por nacimiento o naturalización por declaración, opción, matrimonio u otros medios con arreglo a la legislación nacional”. Ver Reglamento (CE) nº 1201/2009 de la Comisión.

derechos de naturaleza civil, económica y social y otros derechos de participación distintos al sufragio que sigue siendo considerado el instrumento principal para decidir en la comunidad política en la que desean integrarse que queda a expensas de alcanzar la nacionalización que les permite equipararse en derechos a los nacionales de ese Estado.

Resulta conveniente llamar la atención sobre el hecho constatable de que esta situación es una constante en casi todos los ordenamientos, ya que son pocos los que reconocen el derecho de sufragio a los no nacionales y generalmente por razones históricas que conducen a reconocimientos recíprocos con países unidos por lazos de esta naturaleza.

III. IGUALDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCION: TITULARIDAD Y EJERCICIO

La Constitución Española es parca en lo referido al reconocimiento de derechos de los extranjeros, lo que conduce a una excesiva debilidad o desprotección de los mismos¹². Como se verá esta circunstancia supone que hayan sido los legisladores quienes se ocupen de dar cobertura a los mismos o, en su caso, que el mismo poder ejecutivo haya intervenido en este ámbito tan sensible. Lo anterior supone que el Tribunal Constitucional operando como supremo intérprete de la Constitución acometa la función de determinar si ha habido extralimitaciones por parte de los poderes públicos en cuanto que sus decisiones han vulnerado derechos constitucionalmente establecidos. Así ha sucedido en España, pero también en Francia, Alemania o Italia entre otros países.

¹² No obstante, la Constitución de 1978 fue muy novedosa en esta materia habida cuenta que ninguna de las Constituciones históricas habían regulado el estatuto jurídico de los extranjeros. Aquellas que introdujeron previsiones al respecto se limitaron a lo siguiente: la Constitución de 1845 contenía una remisión al legislador para que estableciese "los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad" (art. 1); por su parte, tanto la Constitución de 1869 como la de 1876 posibilitaban que los extranjeros ejerciesen "industria", "profesión" o "cargo" (arts. 25 y 27.2º y art. 2, respectivamente); y, la Constitución de 1931 que establecía la prohibición de "extraditar delincuentes políticos" (art. 30).

Así pues, recordamos que el estatuto jurídico de los extranjeros en España se configura en la Constitución con las previsiones contenidas en varios de sus preceptos. La piedra angular la constituye el art. 13 caracterizado por una redacción indeterminada que posibilita que surjan problemas tal como ha sucedido. Efectivamente, este precepto reconoce los derechos del Título I de la Constitución a las personas extranjeras y, a continuación, enmarca el reconocimiento de su ejercicio en los tratados internacionales y en las leyes, por lo que dichos derechos quedan configurados según se establezca en dichas normas de Derecho Internacional y de derecho interno¹³.

Este artículo, como es sabido, ha de ser conectado con el art. 10 que contiene varios criterios básicos para el reconocimiento y garantía de estos derechos¹⁴. En un primer orden de cosas, proclama la dignidad humana como fundamento de los derechos de las personas que son inviolables que junto al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás es fundamento del orden político y de la paz social. En este párrafo 1º se ofrece un criterio de interpretación preciso, ya que la dignidad, invariable por razón de la nacionalidad o por cualquier condición administrativa que afecte a las personas, es el basamento constitucional de estos derechos. Asimismo, en este artículo, en la redacción dada al 10.2º, se contiene una remisión expresa a los textos y tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades cuando haya que interpretar una norma, con lo cual se abre otro ordenamiento, el internacional, para configurar el estatuto jurídico de los extranjeros en España¹⁵.

¹³ Art. 13.1º C.E.: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

¹⁴ Art. 10 C.E: 1. 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. 2. 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.

¹⁵ En STC 36/1991, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional interpretó esta cláusula declarando que “esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido

Dicho lo anterior cabe comprobar que la regulación de los derechos fundamentales de las personas extranjeras aparece contenida en diversas normas según establece la Constitución. En primer lugar se reconocen en las normas constitucionales que remiten la regulación de su ejercicio a los Tratados internacionales (tal como señalan los art. 10.2º y 13.1º) y a la ley, siendo desarrollados en la Ley Orgánica de Derechos de los Extranjeros que ha sido modificada en sucesivas ocasiones.

La conocida como Ley de Extranjería aprobada en 1985 fue sustituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, si bien este texto pronto sufrió su primera modificación tras el cambio de gobierno, que aprobó la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre¹⁶. La aprobación de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introdujo varias modificaciones en la Ley Orgánica 4/2000 afectando al régimen de expulsión de extranjeros.

La legislación de extranjería siguió reformándose y poco después se aprobó la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que afectó a diversas normas, incorporando varios preceptos del Reglamento de aplicación de la Ley 4/2000 que habían sido anulados por el Tribunal Supremo, en los que se califica como desleal la contratación de personas extranjeras que no tienen autorización para trabajar.

Por que respecta a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se buscaba introducir una redacción más acorde con las sentencias del Tribunal Constitucional que habían declarado la inconstitucionalidad de varios preceptos, en concreto las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19

constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (F.J. 5). Por consiguiente, según STC 64/1991, FJ 4º, "aunque los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad". "Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas".

¹⁶ El primer texto es resultado de una iniciativa presentada por Izquierda Unida mientras que el segundo es obra del Partido Popular.

de diciembre, en concreto la exigencia impuesta a los extranjeros de tener residencia legal en España para ejercer los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, pues estos derechos les corresponden a todas las personas por dicha condición. Además se realizaba la transposición de las Directivas sobre inmigración que aún estaban pendientes de incorporación a nuestro derecho interno¹⁷ y, en definitiva, adaptar la Ley al fenómeno de la inmigración.

De una interpretación sistemática de las previsiones constitucionales podemos inferir el estatuto jurídico-constitucional de las personas extranjeras:

¹⁷ Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. (DOUE de 6 de diciembre de 2003).

b) Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).

c) Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004).

d) Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE de 6 de agosto de 2004).

e) Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004).

f) Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005).

g) Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

h) Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio de 2009).

i) Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 30 de junio de 2009).

- Son titulares de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la constitución sin referencia a limitaciones en base a la nacionalidad o a su condición de residentes
- Todas las personas disfrutan de un conjunto de derechos inherentes a su dignidad como principio que fundamenta sin cuestionamiento alguno el reconocimiento de derechos
- El segundo inciso del art. 13.1º de la Constitución introduce una vía para que el legislador intervenga con alcance limitador en el ejercicio de estos derechos, lo que nos ha llevado a una legislación desfavorable a la efectividad de los mismos
- Así lo anterior se reconocen como derechos de configuración legal lo que, como es sabido, habilita una mayor intervención del legislador que podrá establecer restricciones que no operan respecto a los nacionales. En otras palabras, supone una manifestación de que el principio de igualdad no resulta predicable en este ámbito, pues la igualdad formal declarada en el art. 14 se reconoce respecto de los nacionales y no cabe aplicarla al reconocimiento de derechos para los extranjeros.
- Ahora bien, como se comprobará con el seguimiento de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien “el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4).

Así lo anterior, no podríamos dejar de hacer referencia al papel del Tribunal Constitucional como custodio de los derechos y libertades fundamentales en su labor de máximo intérprete de la Constitución que ha dictado sentencias dictadas en materia de extranjería que sirven para configurar el estatuto jurídico de las personas extranjeras que debe establecer el legislador a partir de los contenidos constitucionales.

La primera de estas sentencias fue la STC 107/1984, de 23 de noviembre, que constituye un pronunciamiento a favor de la restricción de los derechos de los no nacionales en base a su naturaleza de derechos de configuración legal. En la sentencia se explica como la remisión a los Tratados y a la Ley “no supone [...] que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados dentro de su específica regulación de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal”

No obstante lo anterior, ya en esta su primera sentencia sobre extranjería, el Tribunal Constitucional declara que “Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles” (FJ 3°).

Este criterio se mantendrá en la STC 115/1987, de 7 de julio, y en otras posteriores, y le lleva a establecer una triple diferenciación para resolver la cuestión de la titularidad y ejercicio de los derechos por los extranjeros, declarando que “El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (FJ 4º).

Ahora bien, no cabe olvidar que la Constitución no establece cuáles son los derechos y libertades que se encuadran en cada uno de estos tres grupos, por lo que esta cuestión será resuelta por el propio Tribunal Constitucional a golpe de sentencia, esto es, una vez vayan llegando las demandas ante esta Jurisdicción. Ahora bien, siendo varias las objeciones que cabe presentar a dicha clasificación, resaltamos que el argumento de la vinculación a la dignidad que presentan algunos derechos y que por ello se reconocen en condiciones de igualdad tanto a nacionales como extranjeros, no es adecuado por el simple hecho de que todos los derechos y libertades fundamentales son una proyección de la dignidad inherente a todos los seres humanos¹⁸. A mayor abundamiento sostenemos que la naturaleza de un derecho como de configuración legal no supone que su reconocimiento se haga depender de la voluntad política legislativa sino, exclusivamente, que al establecer su regulación pueden fijarse determinadas condiciones o limitaciones que no operan frente a los nacionales todo ello sin soliviantar el marco de mínimos constitucionalmente establecido que, en todo caso, prohíbe desposeer de dichos derechos del Título I a los nacionales.

¹⁸ Sobre este tema ver el estudio realizado en ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Posteriormente, en STC 99/85, de 30 de septiembre, el Tribunal Constitucional revisó su postura inicial afirmando que la tutela judicial efectiva se predica igual respecto de los españoles como de los extranjeros, reconociendo abiertamente que “los extranjeros son titulares de los derechos que tienen su origen directamente en la Constitución”. Por tanto, en este pronunciamiento el Alto Tribunal lo que viene a afirmar es que el art. 13 establece la protección de los derechos de “todos los extranjeros” en base a la dignidad y del respeto obligado de su contenido esencial.

Este reconocimiento de la titularidad de derechos derivados directamente de la Constitución y que limitan la intervención legislativa por el respeto al contenido esencial se confirma en la STC 115/1987 de 7 de julio, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. La declaración de la titularidad directa de determinados derechos, no reservados *ex constitutione* a los españoles, obliga al legislador a que cuando regula el ejercicio de los mismos y procede a establecer condicionamientos adicionales respecto a los españoles “ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros” (FFJJ 2º y 3º).

Esta línea jurisprudencial se recoge y reitera en sentencias posteriores, STC 242/1994, de 20 de julio, STC 95/2000, de 10 de abril y años más tarde en STC 95/2003, de 22 de mayo, establece la garantía de los derechos fundamentales de los inmigrantes irregulares al declarar la inconstitucionalidad de la norma que reconoce la asistencia jurídica gratuita sólo a quienes han obtenido el permiso de residencia. En este caso volvió a utilizar el criterio de la dignidad humana como fundamento de los derechos y el debido respeto al contenido esencial de los derechos reconocidos constitucionalmente, que quedaría conculcado con dicha norma limitadora. Por tanto, el Tribunal Constitucional niega la posibilidad de distinguir entre extranjeros residentes y extranjeros en situación de irregularidad en lo que se refiere al disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva.

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, resuelve sobre los derechos que se niegan a los extranjeros en situación de irregularidad en la Ley Orgánica 8/2000, estimando que dichas restricciones adolecen de inconstitucionalidad. La argumentación se realiza en base a que el legislador no puede negar a los extranjeros, sea cual sea su condición administrativa, el ejercicio de derechos conectados con la dignidad humana que constituye un “mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”. En referencia expresa a los extranjeros en situación de irregularidad mantiene que el hecho de no cumplir con los requisitos legales como la autorización de residencia no puede ser causa que utilice el legislador para privarles de los derechos que expresamente les reconoce la Constitución. Un reconocimiento que se hace en base a su condición de personas resultando irrelevante a tal efecto su condición administrativa.

IV. EL REGIMEN DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACION

El art. 13.2º de la Constitución limita los derechos de participación política consagrados en el art. 23 en cuanto que los reconoce “solamente los españoles” salvo lo que pueda establecerse en los tratados o en la ley atendiendo a los criterios de reciprocidad y exclusivamente en el ámbito de las elecciones municipales¹⁹. Por tanto, tras reconocer a los extranjeros la titularidad de todos los derechos y libertades del Título I, en las condiciones en se regulen en la Ley de Extranjería, excluye expresamente el derecho de sufragio a los extranjeros residentes con las excepciones referenciadas que convierten al criterio de la reciprocidad en el muro contra el que chocan los derechos.

Por tanto el estatuto jurídico-constitucional de los extranjeros se ha ido engrosando con el progresivo reconocimiento de derechos como el de reunión, manifestación, algunos derechos de participación siempre restringidos al ámbito local, derechos prestacionales, pero sigue infranqueable al derecho de sufragio que es la modalidad de participación por esencia y ello por la construcción de la categoría de la nacionalidad como título de atribución de derechos de ciudadanía²⁰. Así, tal como ya se

¹⁹Derecho de sufragio activo y pasivo tras reforma de 1992.

²⁰ Si ha habido propuestas de reforma para reconocer este derecho a los extranjeros, la Proposición de Ley Orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en

ha manifestado, el marco constitucional, bastante abierto, ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional con cambios en el tiempo, ya que desde sus primeros pronunciamientos muy favorables a la intervención limitadora del legislador, ha ido evolucionando hasta conectar los derechos de extranjería con la Constitución y así se ha ido estableciendo un estatuto jurídico similar entre los derechos de los extranjeros y de los españoles.

La creación de la ciudadanía europea con la aprobación del Tratado de Maastricht supuso la configuración de un estatuto común a todos los nacionales de los Estados miembros que junto a su condición de nacionales sumaban la de ciudadanos europeos. Esta ciudadanía lleva aparejado un conjunto de derechos que integran este status entre los que se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales para residentes pertenecientes a un Estado miembro en condiciones de igualdad a los nacionales. La ciudadanía europea complementa la ciudadanía nacional sin sustituirla y ésta es un requisito para adquirir la anterior, por lo que los extranjeros residentes en la Unión Europea no comunitarios no disfrutaban de los derechos asociados a la ciudadanía.

El Tribunal Constitucional dictó la Declaración de 1 de julio de 1992 en virtud del procedimiento previsto en el art. 95 de la Constitución que habilita al Gobierno de la Nación para solicitar un pronunciamiento del Alto Tribunal sobre la contradicción entre lo estipulado en un Tratado y la Constitución a efectos de una posible reforma constitucional. Este pronunciamiento se solicitó bien respecto del art. 23 allí donde establece que solo la ciudadanía tiene derecho a participar o bien del art. 13 con su exclusión del sufragio pasivo en las elecciones municipales. En este orden de cosas, el Tribunal Constitucional declara que el art. 23 de la Constitución no contiene ninguna exclusión que impida que los extranjeros ejerciten su derecho de participación a través

España y la Proposición No de Ley para avanzar en el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros en España, que fueron presentadas por los Grupos Parlamentarios de Izquierda Verde, Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya en 2005 y 2006 y a través de las cuales se instaba al Gobierno de la Nación a adoptar las medidas de reforma pertinentes para que los extranjeros residentes pudiesen participar en las elecciones municipales. La Proposición No de Ley fue adoptada por el Congreso aprobando la remisión a la Comisión Constitucional del estudio de las medidas necesarias para favorecer la integración de los residentes de larga duración además de instar al Gobierno a desarrollar este derecho atendiendo a criterios de reciprocidad.

del sufragio ya que dicha exclusión se establece en el art.13 cuando dice que no tienen reconocido el derecho de sufragio pasivo. Por lo que declara la contradicción existente entre aquello dispuesto en el art. 13.2º (solo reconocía el sufragio activo a los extranjeros en las elecciones municipales) y la letra del art. 8.B.1º del Tratado de Maastricht. Cabe apreciar que esta reforma constitucional no hubiera sido necesaria si la letra del precepto estableciera “derecho de sufragio” sin restringirlo al sufragio activo..

El Tribunal Constitucional mantuvo la concepción de la soberanía nacional como límite insalvable para la plena participación política de los extranjeros si bien reconoció el derecho de sufragio en las elecciones municipales por su carácter administrativo, ya que los entes locales no participan en el ejercicio de los poderes soberanos. Así pues, se recurre a una doble argumentación, manteniendo la titularidad del ejercicio de la soberanía se limita a los órganos representativos a los que la Constitución o los Estatutos de Autonomía atribuyen potestades y al carácter administrativo de las elecciones de ámbito local que supone que el sufragio ejercido por los extranjeros no se considera participación en órganos electivos con potestades ligadas al ejercicio de la soberanía.

Una vez producida la Declaración del Tribunal Constitucional y así resuelta la duda planteada cabe afirmar varias cosas. Por un lado, los titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales son los ciudadanos comunitarios según se establece en el art. 8.B.1º TCE y pueden serlo todos los extranjeros (ciudadanos no comunitarios) en virtud de lo establecido en un tratado o ley y en condiciones de reciprocidad.

Por lo que respecta al criterio de la reciprocidad hemos de mostrarnos críticos al respecto por ser absolutamente contrario al favorecimiento de derechos para los extranjeros y ello por varias razones. Este criterio hace depender el reconocimiento efectivo del derecho de la voluntad de acordar entre Estados que puede finalizar en falta de acuerdo y por lo tanto no habrá derecho. Además de haberlo se tendrá que fijar la modalidad de sufragio que puede ser en su vertiente activa o activa y pasiva y puede rodearse de dificultades. Así las cosas, dado que su aplicación no resulta favorable para

la efectividad del derecho lo razonable será su flexibilización, en el sentido que propone un sector doctrinal, esto es, aplicarlo en lo relativo al reconocimiento del derecho pero no en lo referente a su ejercicio con lo cual reconocido el derecho en acuerdos bilaterales las condiciones de ejercicio no tienen que ser las mismas, pudiendo el legislador español favorecer el ejercicio de este derecho para los extranjeros. Dicho en otras palabras sería posible que el legislador reconociese el ejercicio de este derecho en condiciones de igualdad a los españoles siempre que en sus países de origen este derecho se reconozca a los españoles. Ahora bien esta solución legislativa no alcanza la universalización del sufragio siendo para ello necesario reformar la Constitución.

En el caso de España cabe afirmar que no existe una política consolidada de celebrar tratados internacionales para reconocer el ejercicio del derecho de sufragio a los extranjeros residentes en las elecciones municipales. Resulta destacable el Acuerdo firmado con Noruega en el que se reconoce el derecho a votar en las elecciones municipales en España a los ciudadanos noruegos y a los ciudadanos españoles en Noruega²¹. Los noruegos podrán votar si han residido de forma legal e ininterrumpida al menos durante tres años, estén domiciliados en el municipio donde puedan ejercer su derecho al voto e inscritos en el padrón municipal. A efectos de constar en la lista electoral tendrán que haber cursado previamente su solicitud.

Por lo que respecta a la política legislativa hay que destacar que el legislador español se ha mostrado favorable a una equiparación entre derechos de los nacionales y de los extranjeros residentes²² salvo en lo que relativo al reconocimiento del derecho de sufragio por lo que continúa negándose el voto a los extranjeros. Buena muestra de ello es la tardanza a la hora de transponer la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de

²¹ BOE de 17 de junio de 1991. La LOREG fue reformada para dar entrada a dicho acuerdo por Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo,

²² Son derechos de configuración legal los derechos políticos como la libertad de circulación, participación pública, reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga; derechos sociales como la educación, trabajo y seguridad social, asistencia sanitaria, ayudas en materia de vivienda, servicios sociales, reagrupación familiar; garantías jurídicas como derecho a la documentación, tutela judicial efectiva, asistencia jurídica gratuita, recurso contra actos administrativos, aplicación de las garantías del procedimiento administrativo.

diciembre de 1994²³, 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 que marcaba entre sus objetivos “facilitar la integración en el país de acepción” y se definía como un instrumento que suma en la construcción de una comunidad política. Una constatación más evidente en relación con el ejercicio del sufragio por residentes no comunitarios.

La regulación del ejercicio de este derecho de sufragio (art. 6 L.O.D.L.E) lo ha ido dificultando a base de exigir requisitos que aparentemente tienen carácter disuasorio. Así, los extranjeros no comunitarios para ejercer su derecho precisan la firma de un acuerdo de reciprocidad y además acreditar un tiempo de residencia regular ininterrumpida de 3 a 5 años²⁴ y haber obtenido la tarjeta de residencia. Por lo que respecta al requisito de la inscripción en el Censo de Extranjeros Residentes en España (CERE) es exigido a todos los extranjeros, tanto a los comunitarios para las elecciones europeas y las municipales, como a los no comunitarios necesitan estar inscritos para las elecciones municipales, si bien estos últimos tienen que formalizar una solicitud de inscripción que constituye una manifestación previa de la voluntad de ejercer el derecho mientras que los comunitarios pueden formalizar este trámite en el ayuntamiento. Para formalizar la solicitud de inscripción en el Censo hay que ser mayor de edad y no estar privado del sufragio activo, estar inscrito en el padrón municipal, contar con la autorización administrativa de residencia y acreditar el tiempo de residencia estable.

El art. 176 L.O.R.E.G, según quedó redactado tras ser modificado al transponerse la Directiva 94/80, de Elecciones Municipales, regula el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales estableciendo que “Sin perjuicio de lo regulado en el Título I, capítulo I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado.

²³ Dicha incorporación se produce mediante la Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo, para la transposición de la Directiva 94/80 CE de elecciones municipales. Sobre esta demora y reticencias nacionales para transponer véase MENDEZ LAGO, M.: “Derechos políticos de los inmigrantes” en Pedreño Cánovas, A. y Hernández Pedreño, M. (Coord.). *La condición inmigrante*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 2005, p.125 y ss.

²⁴ Los Estados pueden unilateralmente o vía acuerdo establecer un tiempo menor de residencia.

Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:

a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

b) Reúnan los requisitos para ser electores exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España.

El derecho de sufragio pasivo queda imposibilitado para un importante número de extranjeros ya que el art. 177 L.O.R.E.G, igualmente modificado a causa de la transposición de la Directiva 94/80 CE de elecciones municipales, establece que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo II del Título I de esta Ley, son elegibles en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:

a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o bien, sean nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un tratado.

b) Reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en esta Ley para los españoles.

c) No hayan sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen.

Las elecciones municipales de 22 mayo de 2011 supusieron el reconocimiento fáctico de este derecho a los extranjeros no comunitarios residentes, pues los comunitarios pudieron votar en las elecciones anteriores celebradas en 2007. El *iter* de esta participación efectiva se inició con la Directiva 94/80/CE, la reforma del art. 13.2º a favor de los comunitarios que supuso la apertura del sufragio activo a los no comunitarios en base a la proposición no de ley que en 2006 presentaron los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida instando al Gobierno a tomar las

medidas necesarias para conceder el sufragio a los residentes regulares siempre que haya acuerdo de reciprocidad. En todo caso, el sufragio pasivo queda limitado a los extranjeros comunitarios excluyéndose el acceso a empleos públicos.

El art. 13.2º de la Constitución se refiere exclusivamente al derecho de sufragio pero existen otras formas de participación sobre todo en el ámbito municipal que es el más próximo a la ciudadanía. Así, las iniciativas ciudadanas, el referéndum local, el Concejo abierto como modalidades de participación que implican ejercitar el derecho de voto o estar en posesión del sufragio activo para poder ejercitarlas. Los extranjeros que residen en municipios que funcionan en régimen de Concejo abierto resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los arts. 176 y 177 de la LOREG que reconocen el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los ciudadanos comunitarios y a los extranjeros residentes si sus países permiten votar a los ciudadanos españoles en este tipo de elecciones, según se establezca en un tratado. El segundo de estos artículos reconoce el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los comunitarios residentes en España.

V. LA INTEGRACION FALLIDA

Se ha tratado de poner de manifiesto como la argumentación constitucional y legal sobre extranjería se nutre de la categoría clásica de ciudadanía unida a la nacionalidad que impide avanzar hacia un concepto mucho más integrador y democrático que permita concebir al extranjero como ciudadano y, por tanto, sujeto de derechos equiparado al nacional. Esta es la posición común y generalizada en todos los ordenamientos incluyéndose entre éstos el europeo que recogen una visión negativa de la inmigración que es tratada como un fenómeno frente al que hay que defender a los estados nacionales y a su modelo social. Así se evidencia en las políticas de control de las migraciones, en el reforzamiento de dificultades para acceder a los derechos, el tratamiento del extranjero no comunitario como mano de obra que preferentemente ha de ser cualificada o la interpretación de la cacareada integración social y política única y exclusivamente desde una perspectiva unidireccional.

Por tanto, lejos queda el cumplimiento de aquellas declaraciones contenidas en la COM (2000) 757 sobre la integración entendida como un proceso bidireccional, basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permitiese la plena integración de los inmigrantes. Como señala SOLANES CORELLA si hablamos de un proceso bidireccional han de comprometerse todos los agentes implicados y si se basaba en derechos y deberes mutuos no puede haber derechos vetados al extranjero debiendo existir la posibilidad de adquirir su titularidad y ejercicio de forma progresiva. Ambos los dos absolutamente incumplidos en la actualidad por parte de los estados y por parte de la Unión Europea²⁵.

La conclusión a la que podemos llegar es que la integración significa avanzar en varios aspectos. Desde la construcción de un concepto de ciudadanía inclusivo que deslindado de la nacionalidad como elemento que determina la pertenencia a una comunidad jurídico-política con derechos y deberes vinculados a ese Estado en cuestión. Ello conlleva que no solo los nacionales disfruten de derechos y puedan participar en las decisiones públicas si bien, incluso aun manteniendo que solo los nacionales participen en las decisiones estatales, cabe defender que los extranjeros lo hagan en aquellas elecciones que no sean a nivel nacional. Para alcanzar este resultado se plantea la necesidad de reformar la Constitución para regular el voto de los extranjeros o la suficiencia de una reforma de la Ley Electoral, solución que compartimos dado que la Constitución abre la puerta al ejercicio de este derecho pero ha sido el legislador quien lo niega.

Por tanto, no podemos más que apostar por una regeneración democrática desde la integración de los extranjeros a través del reconocimiento de sus derechos de modo equiparable a los nacionales, desde un concepto de ciudadanía que traspase las fronteras del Estado nación. La participación de todas las personas con intereses en ese territorio donde se celebran los procesos participativos es un elemento esencial para la integración. Esto nos lleva ante la necesaria reforma de las normas de extranjería que no establecen condiciones favorables para que sea posible para los extranjeros residentes

²⁵ SOLANES CORELLA, A.: “La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana” en DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (ed.): *La igualdad en los derechos ...* cit., pp. 85-86.

independientemente de que no sean nacionales de la Unión Europea. El cambio del criterio de la nacionalidad por el de residencia, más integrador de las personas, supone apostar por una ciudadanía cívica y la democratización de nuestro modelo de convivencia, pues, como señala RAMIRO AVILÉS utilizando las palabras de COSTA, la ciudadanía es “la relación entre un individuo y el orden político-jurídico en el cual está inserto” y que permite enfocar “las expectativas y las exigencia, los derechos y los deberes, las modalidades de pertenencia y los criterios de diferenciación o las estrategias de inclusión y de exclusión”²⁶.

²⁶ RAMIRO AVILÉS, M.A.: “El derecho de sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI” en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*” DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (edit), Dykinson, Madrid, 2009, p. 322.