

La ciudadanía dúctil

Recensión a Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la constitución?*, Centro de Estudios Constitucionales y Tribunal Constitucional, Madrid 2006 (Premio "Francisco Tomás y Valiente" 2005)

Javier Mijangos González

Facultad de Derecho
Universidad Carlos III

Fray Melchor de Talamantes, uno de los autores del proyecto para crear una Junta autónoma en la capital de la Nueva España tras la invasión napoleónica de 1808, señalaba que lo que el Ayuntamiento de México buscaba era restaurar “ese amor cordial e íntimo que debe reinar entre individuos de una misma nación, por cuyas venas circula una misma sangre, y en cuyos espíritus dominan los mismos sentimientos de religión y patriotismo”. La construcción de una gran “nación española”, que conforme al artículo 1º de la Constitución de Cádiz era la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, ha sido uno de los temas recurrentes en la literatura jurídica y política de nuestro país, si bien la mayor parte de los autores embarcados en esta empresa intelectual se han centrado en la reconstrucción dogmática-jurídica de los conceptos de Pueblo y de Nación, o bien en el desenvolvimiento de las consecuencias implícitas en el dogma de la soberanía popular. La obra de Benito Aláez se enmarca en esta añeja tradición política española, aunque su obra ofrece una interesante novedad, en tanto que interpreta ambos institutos desde una perspectiva eminentemente dogmático-constitucional y a la luz del principio democrático que se ha impuesto en el constitucionalismo contemporáneo.

A partir de este marco, los conceptos de nacionalidad y ciudadanía ya no sólo son utilizados por el ordenamiento jurídico para definir el pueblo que compone un Estado, sino también -y principalmente- para determinar quiénes pueden participar en las distintas esferas de comunicación social y especialmente en la toma de decisiones políticas. Benito Aláez se dará a la tarea de determinar si la Constitución Española de 1978 habilita a todos sus súbditos a participar en esta tarea y, en su caso, en qué grado; lo que le permitirá determinar si nuestra norma suprema se concibe a sí misma en términos nacionalistas o sí, por el contrario, también le pertenece a los extranjeros.

Es importante advertir al lector que en esta obra no encontrará una propuesta de “ciudadanía cosmopolita” o de supresión de la idea de nacionalidad. Por el contrario, Aláez parte de la presencia ineludible de ambas instituciones, aunque aclara, siempre y cuando el intérprete atienda a la diversa función de ambas categorías en un Estado social y democrático de Derecho, lo que le llevará a una reformulación en términos democrático-incluyentes de los criterios de acceso a la nacionalidad y, por ende, de los criterios de atribución de la ciudadanía. Para lograr su cometido la obra está dividida en tres grandes capítulos. El primero va dirigido a determinar la razón de ser, tanto histórica como normativa, de la nacionalidad y la ciudadanía, así como la función jurídica que han desempeñado y la relación que existe entre ambas. Los otros dos capítulos contienen el análisis conceptual y jurídico-funcional de ambos institutos y su caracterización conforme a las exigencias de un Estado constitucional democrático.

En contra de lo que se ha sostenido habitualmente, la cuidadosa historiografía que realiza Benito Aláez de la evolución de la nacionalidad y la ciudadanía nos demuestra que no ha existido un nítido y estático reparto de funciones entre la una y la otra. Es sólo a partir de la plena consolidación del Estado democrático cuando a la nacionalidad se le atribuye la función de delimitar *exteriormente* al pueblo del Estado, es decir, determinar respecto de qué sujetos existe una sujeción más íntima al poder jurídico estatal, y allí donde ese poder se ejerza de forma democrática, la de concretar, mediante su vinculación con la ciudadanía, quiénes van a ser

beneficiarios de un núcleo esencial de derechos de participación política y social, precisamente por forma parte del sujeto colectivo abstracto al que se le imputa la soberanía.

En otras palabras, la nacionalidad delimita el ámbito de validez personal del poder jurídico de un Estado respecto del de otros Estados. Bajo este esquema, es evidente que la supremacía normativa de la Constitución coloca a la nacionalidad española en el centro de la delimitación de su sustrato personal de cara al exterior, y deja en un segundo plano a las mal llamadas "nacionalidades autonómicas", las cuales -pese al empeño en contrario de algunos- reflejan únicamente una pluralidad de elementos históricos, políticos y culturales que han sido tomados en cuenta a fin de convertir a determinados territorios del Estado en subordenamientos políticos autónomos.

En cualquier caso, la mera existencia de la nacionalidad no será suficiente al momento de generar -en términos de Luhman- la legitimidad interna que lleve a los súbditos a aceptar las decisiones del poder público. Es en este contexto en el que Aláez introduce los elementos de cohesión e identidad del pueblo del Estado que serán fundamentales en el resto de la obra: el *ethnos* (identidad étnico-cultural) y el *demos* (derechos de participación democrática). La tarea del intérprete será, en consecuencia, determinar la concreta combinación constitucional de *ethnos* y *demos* con la que el legislador ha querido dar forma a la Nación a través de los vínculos jurídicos de la nacionalidad y la ciudadanía. La disyuntiva que nos plantea el autor es clara: un sujeto colectivo construido a partir de criterios de atribución y adquisición de nacionalidad que reflejen un *ethnos* estático y cerrado difícilmente será compatible con las exigencias del principio democrático en los ordenamientos actuales. Por el contrario, una mayor presencia de un *demos*, pluralista en lo cultural y en lo político, será expresión del carácter abierto de la Constitución e integrará en el sujeto de la soberanía a cualquier individuo que esté y quiera permanecer sometido de forma estable y permanente a ella.

En el caso español, la nacionalidad se ve caracterizada, *ex constitutione*, por dos criterios. En primer término, la adquisición de una cierta identidad cultural común -herencia cultural, uso de las lenguas españolas, etc.- por parte de los integrantes de la Nación española, que no obstante se ve matizada por su vinculación a la ciudadanía y al principio democrático. En segundo lugar la Constitución española también utiliza el *demos* como elemento cohesionador de los nacionales, pues vincula la nacionalidad y ciudadanía, sometiendo la titularidad del núcleo esencial de la ciudadanía al requisito de la nacionalidad española -reserva a los españoles de los derechos de participación política y el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas-. En términos de la jurisprudencia constitucional: un *ethnos* multicultural y abierto, vinculado a un *demos* participativo e igualitario en una democracia no militarista (sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003).

Aláez nos advierte sin embargo que los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad previstos en el Código Civil español responden sólo de forma parcial a este esquema.

De hecho, la primera crítica del autor se refiere a la misma distinción entre atribución y adquisición de la nacionalidad como dos momentos distintos de integración en el sujeto colectivo de la nacionalidad, y que reflejan también un título jurídico distinto, legalmente reconocido el primero, y voluntariamente pactado el segundo. Esta distinción es inaceptable en un ordenamiento jurídico moderno funcionalmente diferenciado como el nuestro. Sabemos, siguiendo a Luhman, que es siempre por la voluntad normativa del propio ordenamiento por la que se integran los sujetos que considera oportunos en su ámbito personal de validez estable y permanente. Así, la atribución y la adquisición no se corresponden con dos elementos políticos distintos de la construcción del sujeto colectivo de la nacionalidad, sino que -simplemente- hacen referencia a dos momentos de la construcción jurídica de ese vínculo.

Uno de los grandes méritos de esta obra, además de su abrumador dominio de la bibliografía alemana y estadounidense, es el excelente manejo de la legislación española en materia de nacionalidad y ciudadanía. Respecto a los criterios de *atribución* de la nacionalidad, la principal crítica del profesor Aláez se dirige a la preferencia, contenida en los artículos 17 y 19 del Código Civil, del criterio de *ius sanguini* sobre el *ius soli*. Como bien señala el autor, países como España, que se han convertido en Estados de inmigración, deberían otorgar un papel relevante al *ius soli* como criterio de atribución de la nacionalidad, pues se podría presumir razonablemente que la inmensa mayoría de los nacidos en nuestro territorio van a desplegar en él sus relaciones vitales de forma estable y más o menos permanente, esto es, que van a formar parte de ese ámbito personal estable de aplicación del ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, las verdaderas dificultades las encontramos en la configuración de ciertos elementos de los criterios de *adquisición* de la nacionalidad. Bajo el esquema descrito anteriormente -nacionalidad vinculada al disfrute de un conjunto de derechos de participación política y social- debe abrirse la posibilidad de que quienes, con su residencia, han hecho de la presunción de sujeción estable y permanente una realidad incontestable, puedan, si lo desean, stabilizar jurídicamente esa situación, integrándose en el sujeto colectivo nacional.

En este sentido, Aláez nos plantea una reinterpretación constitucionalmente más adecuada del criterio de *ius domicili* como residencia legal, continuada y efectiva. En primer término, se pone en tela de juicio la tradicional interpretación del Poder Judicial en el sentido de que la legalidad de la residencia requiere que el extranjero haya obtenido un permiso de residencia conforme a la Ley de Extranjería. Bajo el esquema propuesto en esta obra bastaría que tenga cualquier título legal -el caso paradigmático de los estudiantes- para residir en España durante el período de tiempo continuado, mismo que denotaría su integración material en el ámbito personal de aplicación estable y permanente del ordenamiento.

En este ámbito la pregunta fundamental se encamina a la justificación constitucional de la legalidad de la residencia, toda vez que, de forma legal o ilegal, el residente está sujeto al ordenamiento estatal vigente sobre el territorio que habita. Con independencia de otro tipo de valoraciones, a juicio de Aláez la exigencia de legalidad del extranjero se encuentra justificada en el interés del Estado español en que no se fomente la inmigración ilegal de conformidad con los

artículos 8, 19 y 116 de la Constitución española, lo que, sin embargo, no justifica que cualquier irregularidad administrativa pueda ser por sí misma suficiente para poner en tela de juicio dicha legalidad. En cualquier caso, y como veremos más adelante, el problema de la integración en el ordenamiento de los inmigrantes –especialmente en lo que respecta a los ilegales- será abordado de forma muy sugerente a través del principio de afectación como criterio de atribución de los derechos de ciudadanía.

Otra importante cuestión que se aborda en esta parte de la obra es el papel de la voluntad del Estado en la adquisición de la nacionalidad, específicamente en la posibilidad de denegación de la misma por motivos de orden público o de interés general. Es evidente que estos últimos conceptos no poseen carácter discrecional y tampoco son determinables conforme a la apreciación política de los intereses del Estado; pero sobre todo, nos advierte Benito Aláez, no se puede considerar como motivo de orden público o de interés nacional cualquier valor o interés socialmente mayoritario en la comunidad como, por ejemplo, una política de reserva de empleos para nacionales o la erradicación de ideologías antidemocráticas. En la medida en que dichos intereses no se identifiquen con bienes o valores constitucionales que integren el *ethnos* o el *demos* constitucional no pueden limitar el acceso a la nacionalidad y sólo pueden operar en un momento previo, limitando el acceso al territorio, en el que la Constitución española ha dado un mayor margen de actuación a los poderes públicos.

Por último, se cuestionan los conceptos de buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española como requisitos adicionales para la adquisición de la nacionalidad, ya que los mismos no pueden ser un instrumento del poder público para lograr una homogeneidad político cultural de todos los integrantes de la nación. Estos conceptos deben ser concretados a partir de la concepción democrática de la nacionalidad y de su función en el ordenamiento.

La última parte de la obra, sin duda la más sugerente, se avoca al estudio de los diversos grados de ciudadanía en el ordenamiento constitucional democrático. A diferencia de la nacionalidad, que desempeña una función jurídica externa de diferenciación del ámbito personal estable y permanente de validez de un ordenamiento jurídico, la ciudadanía desempeña una función jurídica *interna*, creando diversos niveles de pertenencia a la comunidad en función del grado de sujeción al ordenamiento jurídico de cada individuo y, por tanto, sus diversos niveles de integración social.

El estudio que realiza el profesor Aláez nos demuestra que la ciudadanía, de una función política, ha pasado a desempeñar una función jurídica; y en lugar de una función excluyente ejerce hoy una función incluyente. Esta idea, que determina todo el análisis del instituto de la ciudadanía, viene a significar que si el ordenamiento jurídico es democrático, la ciudadanía tenderá a integrar en las diversas esferas de comunicación social jurídicamente regladas a todo aquel que tenga una vinculación personal o territorial, por mínima que éstas sea, con el poder público del Estado.

Este paradigma funcional de la ciudadanía transforma radicalmente la tradicional relación que se suele predicar entre la nacionalidad y la ciudadanía y ofrece importantes respuestas a los nuevos problemas que acarrean las grandes migraciones de hoy en día. El concepto de ciudadano se transforma en algo mucho más amplio, pues ha de incluir no sólo a los nacionales sino también a los extranjeros a los que algunos textos constitucionales, como el nuestro, reconocen diversos derechos civiles, políticos o sociales como consecuencia de su afectación por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, dos interrogantes saltan a la vista de inmediato: por un lado, ¿qué derechos fundamentales definen el estatuto jurídico del ciudadano?, y por el otro, ¿existe un sujeto colectivo a cuyos integrantes se hayan de reconducir los derechos fundamentales que integran la ciudadanía?

El autor ofrece una respuesta a estos problemas desde la caracterización de la ciudadanía como una institución que no puede ser concebida como un comportamiento estanco. Su contenido es gradual y dinámico en función del grado de afectación jurídica del individuo, y dependerá de la concreta configuración normativa de la ciudadanía que cada ordenamiento quiera establecer. Si se me permite, una institución *dúctil* que permita la integración gradual del individuo en las distintas esferas de comunicación de la comunidad política y que se corresponde con diversos círculos personales (ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros) o territoriales (ciudadanía nacional, autonómica o local). En consecuencia, bajo la Constitución española, no cabe identificar el sujeto colectivo de los ciudadanos con el sujeto colectivo de los nacionales, ya que también forman parte del primero los ciudadanos extranjeros.

En sociedad complejas y democráticas como la nuestra, en las que no todos los individuos se ven igualmente afectados por todas las decisiones normativas, y en las que, sin embargo, se requiere la participación libre, plural e igual de los afectados por las decisiones de poder en la toma de dichas decisiones, esta participación sólo habrá de ser igual entre quienes se encuentren en iguales condiciones de afectación normativa. De ahí se explica la posibilidad de que existan diversos criterios de atribución y ejercicio de los derechos que componen la ciudadanía. Así, los criterios de atribución de la ciudadanía previstos en la Constitución española (nacionalidad, residencia continuada en el territorio del Estado y afectación territorial o personal por el poder público del Estado) serán el objeto de la última parte de la investigación del profesor Aláez.

Respecto a la nacionalidad, principal criterio de atribución de la ciudadanía en el ordenamiento jurídico español, se propone la democratización del vínculo entre ambos institutos. La crítica se dirige a que la aplicación del *ius sanguinis* y del *ius soli* rara vez se combina con el principio de residencia (*ius domicilii*), lo que sería la auténtica exigencia de la construcción democrática de la nacionalidad y la ciudadanía en ordenamientos territoriales en los que, a pesar de existir sujeción personal (extraterritorial), la principal sujeción al poder público sigue siendo territorial.

En lo que hace al criterio de la residencia continuada en el territorio del Estado, el cual cobra una importancia fundamental para el disfrute de los derechos de ciudadanía por parte de los

extranjeros residentes, nos encontramos con uno de los problemas más importantes en esta materia: ¿la residencia continuada, esto es, la vinculación efectiva con el territorio, debe ser necesariamente legal? Benito Aláez considera que la respuesta la encontraremos en la adecuada comprensión de la función de ambos institutos. Mientras que la adquisición de la nacionalidad puede requerir la legalidad de la residencia en el territorio como signo externo de la aptitud del individuo para integrarse en el colectivo de súbditos permanentes y contribuir a su eficacia; la ciudadanía pretende servir a la diferenciación interna del ordenamiento, democratizándolo mediante la inclusión del mayor número posible de súbditos, y esta sujeción se da para ciertos derechos de ciudadanía tanto si el acceso al territorio es legal como si es ilegal.

En cualquier caso, Aláez nos advierte sobre la insuficiencia de los criterios de la nacionalidad y de la residencia continuada para dar una respuesta democráticamente coherente a la función de la ciudadanía.

Un Estado democrático sólo puede seguir siéndolo si concibe el dogma de la soberanía popular no como una explicación jurídico-casual del origen del poder, sino como una prescripción de la forma de estructuración y articulación de la creación normativa, que exige que los afectados por las normas participen en su elaboración de forma directa o indirecta, y en todo caso plural e igual. En este marco se inscribe la propuesta de redefinición democrática de la función de la ciudadanía y cobra toda su importancia el principio de afectación como criterio autónomo de atribución de derechos de ciudadanía. Un criterio autónomo que, a juicio del autor, justifica la atribución de ciertos derechos fundamentales y, con ello, su integración parcial como ciudadanos, a individuos que, sin poseer la nacionalidad española y sin tener contacto territorial permanente con el Estado, se vean afectados por decisiones de los poderes públicos dentro o fuera del territorio nacional.

Esta magnífica obra viene a sacudir la inercia conceptual en los temas de dogmática constitucional española relativos a la nacionalidad y ciudadanía, y sin duda será una lectura obligada para todos los interesados en el tema de la redefinición del constitucionalismo democrático a partir de la ineludible -y cada vez más fuerte- realidad de la inmigración. Sin embargo, y a pesar de que el autor lo esboza tímidamente en algunos momentos de su trabajo, el verdadero caballo de batalla del extranjero frente al Estado -por lo menos en España- no es el de la atribución de determinados derechos de ciudadanía sino el del acceso al territorio nacional. Esta cuestión, que a mi entender no se puede despachar con una simple remisión al interés del Estado en proteger la integridad del territorio, es un presupuesto previo en la concretización de la mayoría de los problemas relacionados con la nacionalidad y la ciudadanía, y en el que se deberán explorar fórmulas que sean compatibles con el principio democrático y con el derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, es importante recordar que Benito Aláez introduce en el título de su investigación una pregunta: ¿a quién pertenece la Constitución? La lectura de esta obra ya no permite dar una respuesta apresurada a esta pregunta, y menos que la atribuya en exclusiva a los que pueden ejercer los derechos de ciudadanía política plena. La Constitución española, en tanto marco

abierto de posibilidades que garantiza una ciudadanía plural, gradual y abierta, pertenece a todos los destinatarios de los derechos que componen esa ciudadanía en el grado que la misma les haya garantizado.