

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ <i>Presentación</i> .....	15
<b>Migración y derechos fundamentales</b>	
LUIGI FERRAJOLI <i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica</i> .....	29
FELIPE GONZÁLEZ MORALES <i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana</i> .....	53
GABRIEL GUALANO DE GODOY <i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros</i> .....	77
JAVIER DE LUCAS <i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978</i> .....	99
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género</i> .....	113
ISABEL BERGANZA SETIÉN <i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad</i> .....	165
JOSÉ KOECHLIN <i>Migración venezolana al Perú</i> .....	189
CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ <i>Migraciones y Constitución española</i> .....	211

## **Discurso**

- GABRIEL GUALANO DE GODOY  
*Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas*..... 233

## **Entrevista**

- JAVIER ADRIÁN  
*Entrevista al profesor Manuel Atienza*..... 241

## **Miscelánea**

- CLAUDIO NASH ROJAS  
*La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral*..... 269

- MARTHA CECILIA PAZ  
*Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia*..... 305

- CARMEN MONTESINOS PADILLA  
*Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales*..... 335

- JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE  
*Algunos sentidos de derrotabilidad*..... 365

- LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ  
*Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional*..... 393

## **Jurisprudencia comentada**

- OMAR CAIRO ROLDÁN  
*La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC*..... 421

- NADIA IRIARTE PAMO  
*Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC*..... 431

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE  
*La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.*  
*Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....* 443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA  
*El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la*  
*jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*  
*Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....* 453

### **Reseñas**

NATALINA STAMILE  
*La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....* 461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE  
*Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....* 467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA  
*El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....* 473

## Sobre migraciones y Constitución Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978

 JAVIER DE LUCAS\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** El régimen constitucional de atribución de derechos a los extranjeros. **III.** Sobre la relevancia de la condición de extranjero desde el punto de vista de la titularidad de derechos y libertades. **IV.** Sobre el reconocimiento de derechos políticos y el principio de reciprocidad.

### Resumen

Como en el resto de los países de la Unión Europea, la Constitución española no contempla específicamente el estatus jurídico de los inmigrantes (a diferencia de los refugiados), lo que obliga a estudiar las disposiciones sobre extranjería y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en materia de reconocimiento de derechos. En esta contribución al monográfico de la RPDC, me centro en el análisis de los apartados 1 y 2 del artículo 13, núcleo de esas disposiciones constitucionales.

### Palabras clave

Derechos de los inmigrantes, estatuto de extranjería, Constitución española.

### Abstract

My contribution to this monographic issue of the RPDC consists of an analysis of paragraphs 1 and 2 of article 13 of the Spanish Constitution of 1978, which is the core of the constitutional provisions on foreigner's status. As in the rest of the EU countries, the Spanish Constitution does not specifically contemplate the legal status of immigrants (unlike refugees), which requires studying the provisions on foreigners and the development of constitutional jurisprudence in matters of recognition of rights.

### Keywords

Rights of migrants, foreigners, Spanish Constitution.

---

\* Catedrático de Filosofía del Derecho y director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España).

El autor agradece a Carmen Jódar por su colaboración en la preparación de este artículo.

## I. Introducción

En España, como es sabido, la Constitución de 1978, al igual que la de la inmensa mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE), no contempla disposiciones específicas en materia de inmigración ni sobre los derechos (y deberes) de los inmigrantes<sup>1</sup>. Además, como sucede con el resto de los Estados de la UE, España no ha ratificado el texto normativo que establece el estándar jurídico internacional en materia de derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias, la Convención de la ONU de 1990, por lo que no es procedente la remisión interpretativa a esa Convención, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2.

La Constitución dedica el primer capítulo del Título I («De los derechos y deberes fundamentales») a la condición de extranjería y al reconocimiento de la de ciudadanía española, bajo el rótulo «De los españoles y los extranjeros»<sup>2</sup>. Y es en los apartados 1 y 2 del artículo 13 donde se contempla específicamente el sistema de reconocimiento de derechos<sup>3</sup>, que fue objeto de análisis en una importante Sentencia del

<sup>1</sup> No sucede así por lo que se refiere a los refugiados, puesto que a ese respecto, en cuanto Estado parte del Convenio de Ginebra, la Constitución española, tal y como dispone el artículo 10.2 de la misma Constitución (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) remite al artículo 14 de la Declaración universal y al Convenio de Ginebra de 1951 así como al Protocolo de Nueva York, y también al Convenio Europeo de derechos fundamentales.

<sup>2</sup> Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la sistemática jurídica tradicional en los países de codificación, esta materia estaba regulada en el Código Civil y aun después de la Constitución hay que referirse a la respuesta que ofrece el Código que, a su vez, ha sido objeto de reformas para adaptarlo a las disposiciones constitucionales y a la reforma de la propia Constitución. La primera de ellas, en 1981, tuvo por objeto a una colectividad históricamente vinculada a nuestro país, los judíos sefardíes de origen español, a los que se equipara con los nacidos en países iberoamericanos y en Filipinas. Nueve años después, la ley 18/1990 ofreció la vía expedita de acceso a la nacionalidad (solo con dos años de residencia legal) a los hispanoamericanos, a quienes ostentan la nacionalidad filipina, ecuatoguineana, andorrana y a los descendientes sefardíes expulsados en 1492. La tercera reforma, mediante la ley 36/2002, facilitó el acceso a la nacionalidad por opción a descendientes de españoles en primer grado. La cuarta (mediante la disposición adicional séptima en el Ley 52/2007, popularmente conocida como «Ley de Memoria Histórica»), concedió el acceso a la nacionalidad a descendientes de la emigración española en primer y segundo grado.

<sup>3</sup> Artículo 13:

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

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23,

Tribunal Constitucional, la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que se plantea por primera vez el encaje constitucional de los derechos de los extranjeros, desde la sola base de los preceptos constitucionales.

Ha sido el legislador ordinario quien ha desarrollado el régimen de derechos de los extranjeros desde esa base constitucional, aunque en realidad el desarrollo legislativo se ha hecho siempre en atención a la creciente presencia de inmigrantes y no tanto en lo relativo al resto de los extranjeros. Los títulos de las sucesivas leyes conocidas en España como leyes de «extranjería» así parecen establecerlo<sup>4</sup>. Pero del estudio de su contenido se deduce con toda claridad que el objetivo específico es la respuesta a la llegada y presencia de los inmigrantes que, en un período extraordinariamente rápido, si lo comparamos con otros países europeos de tradición de recepción migratoria (Francia, Alemania, el Reino Unido), cobró una importancia creciente y, sobre todo, se ha constituido de forma recurrente en una herramienta partidaria en la contienda electoral, aunque no como probablemente vamos a tener que afrontarlo los europeos al final de la segunda década del siglo XXI, sobre el que se asoman sombras de fenómenos que creíamos superados desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

## **II. El régimen constitucional de atribución de derechos a los extranjeros**

La cuestión decisiva, a efectos de mi análisis, es *qué derechos han de reconocerse al extranjero (insisto, al inmigrante), comenzando por derechos fundamentales, y cuáles no*. De cómo se resuelva depende también la respuesta a un asunto que, a mi juicio, es asimismo de primordial

---

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.

<sup>4</sup> Una visión sintética de la evolución legislativa en veinte años en esta materia puede encontrarse en el artículo Mikel MAZKIARAN, «Recorrido por las leyes de extranjería en España», en *Revista Mugak*, 2004, núm. 29. Volveré sobre ello en el siguiente apartado. De momento, me interesa subrayar que la primera de esas leyes de extranjería (Ley orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) es también el primer intento de respuesta al fenómeno de la transformación de un país de emigración como lo había sido España, en un país que aparece como punto de tránsito y aun de destino de los movimientos migratorios de procedencia sobre todo latinoamericana y en segundo término, magrebí y subsahariana (a lo que hay que añadir un contingente de ciudadanos de países de la Europa del este, que es particularmente importante en el caso de los rumanos, aunque estos ya son hoy ciudadanos de la UE). Todo eso, además, en el contexto de un cambio decisivo para España: su ingreso en la CEEE mediante el Tratado de Adhesión firmado solo unos pocos días antes.

importancia, la titularidad de los derechos políticos. Pues bien, todo ello nos obliga a analizar lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 13, porque es en ese apartado (en el juego del artículo 14 con lo dispuesto en el mencionado 13.1) en el que a mi juicio se sientan las bases de la cuestión. Y, desde luego, de ello depende también la respuesta a la pregunta sobre los derechos políticos, a la que responde el apartado 2 del mismo artículo 13.

### **III. Sobre la relevancia de la condición de extranjero desde el punto de vista de la titularidad de derechos y libertades**

Como he anticipado y conforme a una sistemática cuya lógica parecería difícilmente reprochable, el capítulo primero del Título I de la Constitución empieza la casa por los cimientos, esto es, trata de establecer quiénes son los sujetos de «los derechos y los deberes fundamentales» a los que se refiere el enunciado del propio título. Pero esa lógica, en realidad, se quiebra desde el momento en que en ese capítulo primero no se incluye el presupuesto clave de la atribución de la titularidad. A mi juicio, es el artículo 14 en realidad (aunque se encuentra desplazado al capítulo segundo del mismo título) el que establece el presupuesto del que nace una tesis comúnmente admitida de forma pacífica y aun tenida como un postulado, es decir, supuestamente evidente: la atribución diferenciada de derechos y deberes fundamentales obedece a la condición de nacionalidad, al precisar que la igualdad ante la ley se refiere solo a los españoles, de donde se deduce que *solo los españoles son los titulares de la plenitud de derechos y libertades*.

102

Luego, como veremos, a esta condición de nacionalidad como justificación de la desigualdad (discriminación justificada) se unirá en términos de principio la condición administrativa del inmigrante, que permitirá establecer un trato diferenciado en punto de derechos fundamentales a quienes tengan una residencia legal, frente a quienes se encuentren en una situación de irregularidad administrativa, mal enunciada en términos de *ilegalidad*, que permite hablar de *inmigrantes ilegales*. En puridad, esta justificación de un trato discriminatorio se apoya en una estratagema legal, que consiste en establecer que no se trata tanto de configurar estatus diferenciados entre inmigrantes regulares (legales) e irregulares (ilegales), sino en precisar que solo quienes se encuentran en la condición de regularidad administrativa pueden *ejercer* sus derechos. Esta distinción, en

realidad, a juicio de buena parte de la doctrina, conduce al vaciamiento del contenido esencial de derechos de los inmigrantes irregulares (tal y como hizo el legislador en la LO 8/2000, respecto a los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación, huelga, y educación no obligatoria), pero el Tribunal Constitucional en su STC 236/2007 y siguientes no anuló esos preceptos –salvo en el caso de la huelga y la educación no obligatoria– sino que estableció que el legislador debía modificar su regulación.

Pues bien, de conformidad con ese presupuesto, el enunciado del capítulo primero de este Título reza literalmente «de los españoles y los extranjeros», y dedica sus tres artículos a establecer cuándo y bajo qué condiciones se es español y, por tanto, cuáles son las consecuencias de la condición *negativa* (el que no es español) del extranjero. Se aborda así no solo la precisión de la noción de nacionalidad, regulada tradicionalmente en el Código Civil, sino el alcance de la dicotomía básica en política, la distinción entre ciudadano y extranjero, en punto a establecer *qué derechos deben ser reconocidos a los extranjeros*. Por cierto, cabría ya apuntar que el enunciado de este primer apartado del artículo 13 no es del todo coherente, al hablar solo de «las libertades públicas que garantiza el presente Título», cuando ese Título I habla de «derechos fundamentales», y no solo de «libertades públicas».

De cualquier forma, como ya he apuntado, a mi entender la razón de la *diferencia de respuesta constitucional* (que consiste en una desigualdad pretendidamente justificada por obvia) se encontraría en el enunciado del artículo 14 de la Constitución. Aunque esa previsión del artículo 14 se concreta en los dos párrafos del artículo 13, los que nos dan la clave para saber cuál es esa *diferencia de respuesta*, esto es, de qué derechos (no) son titulares los extranjeros<sup>5</sup> (aunque esa explicación debe completarse con lo dispuesto en el artículo 23, como veremos en el apartado II).

En realidad, la concreción de la diferencia en un listado de derechos ha sido precisada en primer lugar a través de la evolución legislativa

---

<sup>5</sup> Téngase en cuenta, en todo caso, que la concreción de la diferencia de atribución, en punto a los derechos políticos, se enuncia en un artículo diferente, el artículo 23 de la Constitución, que dispone:

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.

que arranca de la Ley Orgánica 7/1985, la primera *Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España*, que fue inmediatamente criticada por su carácter restrictivo de los derechos y su enfoque preferentemente policial, consecuencias directas de una reacción de desconocimiento y prejuicio ante el hecho inédito de los flujos migratorios, que son enfocados en términos de riesgo, si no pura y simplemente de amenaza. Esta ley, tras ser objeto de la STC 115/1987, dio paso a la Ley Orgánica 4/2000, cuyo enunciado deja entrever lo que vengo comentando desde el primer momento: que en realidad no se ocupa tanto de los extranjeros sino de los inmigrantes, como evidencia la cláusula añadida al final de su propio enunciado, «Ley orgánica de los derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social». Esta ley, que fue modificada por las sucesivas Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003 y 2/2009, está ya abiertamente orientada a la gestión de la política migratoria en el marco, a su vez, de la política migratoria europea; esto es, la adaptación de nuestra normativa a las directrices comunitarias en la materia.

104

De cualquier forma, el listado en que se concreta la diferencia en punto a derechos de los extranjeros en España es obra de una jurisprudencia constitucional amplia, que tiene como punto de partida la reiterada STC 107/1984 a la que ya he hecho referencia, previa al desarrollo legislativo ordinario y que establece la doctrina básica al distinguir, como veremos, tres categorías de derechos que permiten concretar la diferencia entre la titularidad de derechos reconocida a los españoles y la que se atribuye a los extranjeros. Esa STC 107/1984 es completada por dos STC decisivas desde el punto de vista del establecimiento de los derechos de los extranjeros en España, la STC 115/1987, que limita la configuración legal de los derechos de los extranjeros, al imponer la referencia al contenido esencial de derechos que queda fuera del alcance de la acción del legislador y sobre todo por la STC 236/2007, que es la que trata de establecer con mayor detalle los criterios desde los cuales se puede concretar la lista de derechos fundamentales de los extranjeros en España. Ese núcleo ha sido desarrollado a través de un buen número de sentencias del Tribunal Constitucional que en este comentario no podemos pormenorizar.

Como acabo de recordar, el punto de arranque de esta doctrina constitucional es la STC 107/1984, que establece la distinción entre tres categorías de derechos a la hora de precisar la mencionada diferencia y,

sobre todo, deja claro que la clave de bóveda es la interpretación literal del artículo 14. En efecto, en esa Sentencia se afirma que «cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a ‘los españoles’» y explícitamente sostiene que «...no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros». El triple «cesto» de derechos distingue entre derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE), que son comunes a españoles y extranjeros, obviamente. Otros son los derechos que dependen de la configuración legal, esto es, de lo que dispongan los tratados y las leyes (aunque no libremente, como precisará en su posterior STC 115/1987). Finalmente, hay derechos que expresamente son reservados a los españoles y vedados a los extranjeros.

En esta Sentencia no se concretan qué derechos entran en cada categoría. Eso ha sido obra del desarrollo legislativo, de la incidencia de algunos tratados (singularmente el de Maastricht que afectará al enunciado del número 2 del artículo 13, como recordaré en el epígrafe IV) y de la propia jurisprudencia constitucional. Ambos desarrollos han venido guiados por los principios establecidos en las dos primeras STC a las que me he referido (107/1084 y 115/1987): la identificación de los derechos comunes a españoles y extranjeros con los inherentes a la noción o principio de dignidad y la referencia al contenido esencial de los derechos, indisponible a la acción de configuración legal por parte del legislador ordinario. De acuerdo con ello, entrarían en el «cesto» de derechos comunes a españoles y extranjeros los derechos a la vida, integridad física, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la libertad y la seguridad (artículo 17 CE), reunión, manifestación, asociación, tutela judicial efectiva, educación, sindicación, huelga y protección de datos personales.

Pese a que no se trata de un núcleo reducido, reitero que esa vinculación es criticable por cuanto su concreción parece reductiva: piénsese en que el derecho al trabajo no es entendido como inherente a la dignidad. Serían derechos de configuración legal por ejemplo el derecho a la libertad de residencia y de desplazamiento, el derecho al trabajo, el derecho a un régimen público de Seguridad Social o el derecho a la protección de la salud (objeto de una polémica regulación el RD 16/2012, convalidado por el propio TC en la STC 139/2016, 33/2017, 63/2017, 64/2017, 97/2017 y 98/2017, con votos particulares de interés

en todas ellas). Veremos en el epígrafe IV lo que se refiere a los derechos exclusivos de los españoles, y muy concretamente el derecho al sufragio.

De esa inicial *taxonomía constitucional* deriva una compleja construcción del estatuto del extranjero en punto a derechos –incluso a los derechos fundamentales–, obra no solo del desarrollo legislativo sino de la activa jurisprudencia constitucional del TC. Sucede, a mi juicio, que ese desarrollo legislativo está en cierta medida lastrado, insisto, por un interés que modifica la categoría constitucional del «extranjero», el de construir el *estatuto jurídico de los inmigrantes* (desde una construcción jurídica a su vez restrictiva de la noción de inmigrante, reducida a los extranjeros no comunitarios que inmigran a nuestro país por razones laborales). Ese es el contenido básico de la mayor parte de lo que, de una manera muy engañosa, conocemos como *legislación de extranjería* y que en realidad es, en su mayor proporción, *legislación migratoria*.

Añadiré algo más. En mi opinión, resulta obvio que la remisión al artículo 14 es una explicación formal, técnico-jurídica, pero no la clave última de esta construcción jurídico constitucional, que no reside en el artículo 14, sino en los presupuestos de lo que dicho precepto enuncia. La cuestión decisiva es ¿por qué no rige el principio de igualdad entre extranjeros y españoles en punto al reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales? Se me dirá que es muy sencillo: obviamente, porque los constituyentes parten del *partipris* comúnmente aceptado como un postulado, que impone el principio de discriminación (justificada, por supuestamente evidente), esto es, que los extranjeros, en su condición negativa, es decir, *qua no ciudadanos* (españoles), no pueden, no deben tener los mismos derechos que los españoles.

Ningún jurista en su sano juicio, se nos dice, discutiría el carácter pacífico de esa aseveración tanto en el Derecho y como en la jurisprudencia comparadas, incluso en la doctrina, al menos la constitucional. La dicotomía ciudadano/extranjero proveía esa respuesta en términos de evidencia, bien que progresivamente matizada gracias a la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos y a cierta corriente del *soi-dissant* (neo) constitucionalismo, la que representa sobre todo Luigi Ferrajoli, que postula extender los principios e instituciones del Estado de Derecho y la democracia que tienen por clave la primacía del reconocimiento y garantía de los

derechos humanos, al orden internacional, lo que va más allá de la dimensión de cláusula interpretativa del artículo 10.2, según señalaré de inmediato.

Esapretensión, como es obvio, supone una considerable reformulación de la categoría de soberanía (el enunciado en términos de antinomia entre soberanía y derechos humanos ya fue anticipado entre nosotros por Juan Antonio Carrillo Salcedo) comenzando por la Declaración de 1948 y los Pactos de derechos de 1966 que establecen el principio general de titularidad universal de derechos y libertades en ellos enunciados, con independencia de la condición de ciudadanía. El artículo 10.2 de la Constitución consagra esa «cláusula interpretativa» de especial trascendencia a este respecto («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»). En un sentido no tan amplio del reclamado por Ferrajoli, un sector de la doctrina interpreta que existe lo que suele calificarse como «estándar mínimo internacional» que supondría una cierta superación de la radical diferencia comúnmente atribuida a la dicotomía básica entre nacional/extranjero y que tendría su reflejo en esos derechos que, al vincularse a la noción de dignidad, serían comunes a ambas categorías, como establece la referida STC 107/1984. Sin negar que esa es una precisión acorde con la doctrina constitucional de nuestro TC, señalaré que es más que cuestionable que la vinculación a la noción de dignidad humana se limite a ese primer «cesto» de derechos.

En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado claro que los derechos y libertades proclamados en los tratados internacionales no adquieren estatuto constitucional sino en cuanto no estén recogidos en la Constitución (STC 36/1991 y otras: SSTC 64/1991, 372/1993, 41/2002). En particular, la STC 326/2007 establece que esa interpretación «contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos», lo que, en el fondo, puede dar mayor alcance a lo que una interpretación estricta considera pura herramienta hermenéutica.

En cualquier caso, lo que me interesaba proponer en este epígrafe —a título de pista, y no solo, aunque también, de cara a la discusión de una posible reforma constitucional—, es que ese apartado 1 del artículo 13 (al menos si lo consideramos desde una perspectiva iusfilosófica y de filosofía

política, que es desde la que escribo) debería obligarnos a una reflexión de carácter más amplio sobre el criterio y alcance de la distinción entre ciudadano y extranjero, e incluso sobre la noción misma de extranjero y sobre el fundamento de la atribución de derechos, al menos en lo que se refiere a los «derechos inviolables que son inherentes a la dignidad de la persona», de conformidad con la fórmula empleada en el artículo 10.1 de la Constitución: ¿realmente debemos aceptar la restricción de los derechos inherentes a la dignidad de la persona tal y como ha sido construida por la jurisprudencia constitucional desde la liminar Sentencia 107/1984.

Lo que trato de apuntar es que, a mi juicio, la condición de extranjería y su estatuto jurídico, es decir, el reconocimiento de derechos que lleva aparejada, es una de las cuestiones en las que el Título I del texto constitucional presenta aspectos más polémicos, porque los propios presupuestos de la distinción entre ciudadanos y extranjeros y aun las consecuencias jurídicas atribuidas a esta, una de las dicotomías capitales del orden jurídico y político, parecen en entredicho como consecuencia de la vertiginosa transformación producida, de un lado, por el momento que vive el proceso de globalización al filo de cumplir el primer cuarto del siglo XXI y, de otro, por la integración de España en la Unión Europea. Los constituyentes no pudieron prever el alcance de esas dos transformaciones que, evidentemente, son a su vez de rango diverso.

108

Por eso he sostenido en varios trabajos que se podría aplicar hoy a las categorías constitucionales de ciudadano y extranjero la metáfora de Beck sobre los conceptos *zombie*: cualquiera que esté al tanto de los debates sobre la ciudadanía en los últimos veinte años sabe, con Bauböck, Cahrens, Sayad, Soysal, Habermas, o Kymlicka, que, ya hablemos de ciudadanía diferenciada, múltiple o ciudadanía transnacional, de ciudadanía postnacional, ciudadanía cosmopolita, o de ciudadanía plural e inclusiva, la vieja dicotomía debe ser revisada y con ella, la atribución de derechos en los términos clásicos de esa dicotomía. En buena medida, la existencia de una nueva manifestación de ciudadanía, lo que denominamos «ciudadanía europea» (del Tratado de Maastricht de 1992, a lo que disponen los artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Título V de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), y el reconocimiento de la necesidad de un estatus equiparable entre los ciudadanos y los extranjeros que disponen de un estatus de residente permanente o de larga duración

(Directiva 2003/109/CE), dos aportaciones que debemos al Derecho de la Unión, suponen etapas en el establecimiento de esa superación de la dicotomía. La clave sigue siendo la plena equiparación, y es aquí donde topamos con el *coto vedado*, el reconocimiento de derechos políticos únicamente a los españoles, que responde al núcleo de la dicotomía ciudadano/extranjero, que fue objeto de una revisión de suma importancia (sobre todo simbólica, pero de indiscutibles consecuencias prácticas) que obligó a reformar el número 2 del artículo 13, como veremos a continuación.

#### **IV. Sobre el reconocimiento de derechos políticos y el principio de reciprocidad**

De la mencionada taxonomía constitucional de derechos de los españoles y de los extranjeros se desprendía que los extranjeros quedaban excluidos de los derechos políticos, significativamente del derecho al sufragio activo y pasivo, así como del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23: «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».

Pues bien, la actual redacción del número 2 del artículo 13, como es sabido, es el fruto de la primera reforma constitucional, en 1992 (publicada en el BOE el 28 de agosto de ese año), de conformidad a su vez con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución. Como se recordará, la razón de esta reforma fue dar un paso hacia la categoría de *ciudadanía europea*, tal y como proponía el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (Tratado de Maastricht), que a su vez modificó el artículo 8.B.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, con el objeto de extender el derecho de sufragio en las elecciones locales de cada Estado miembro a los nacionales de los otros Estados de la Unión que residan en él. El Tribunal Constitucional, consultado sobre el particular, dejó claro en su Declaración de 1 de julio de 1992 que dicho reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales era contrario a la redacción original del número 2 del artículo 13 (que solo contemplaba la posibilidad de extender a los extranjeros la titularidad del derecho de sufragio activo),

y por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.1 de la Constitución, debía procederse a una reforma constitucional.

La modificación llevó a la redacción vigente que, como se observa, no afectó al principio o cláusula de reciprocidad que continúa vigente para los nacionales de terceros Estados en relación a dichas elecciones y muy en particular de forma sin duda criticable, a inmigrantes en los que concurra la condición de residentes de larga duración quienes, pese a su vinculación estable, que supone la condición de vecindad, no pueden ejercer tal derecho salvo que su propio Estado así se lo reconozca a los españoles, lo que conduce a situaciones de discriminación, a mi juicio, injustificables.

Sin duda, el principio de reciprocidad aquí contemplado responde a un principio básico que regula las relaciones entre los Estados pero, en mi opinión, perturba considerablemente la lógica de reconocimiento de los derechos fundamentales, en particular respecto a los extranjeros residentes estables extracomunitarios, los inmigrantes. En efecto, conduce a situaciones de discriminación injustificable por tres razones que he tratado de explicar en un buen número de trabajos en los que, desde hace tiempo, reclamo la extensión de los derechos políticos y aun la orientación de las políticas migratorias hacia el objetivo de hacer asequible la adquisición de la ciudadanía plena para los inmigrantes, incluso sin necesidad del proceso de naturalización en su dimensión excluyente de la doble ciudadanía.

110

De un lado y este me parece el argumento más importante, porque una discriminación en un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona: si aceptamos la definición aristotélica del ser humano como *animal político*, es indiscutible que el de participación política a través del sufragio activo y pasivo es uno de esos derechos inherentes, tal y como afirmara Hannah Arendt y han recordado algunos de los más agudos sociólogos y politólogos de las migraciones, como Abdelmalek Sayad: existir es existir políticamente. No tiene sentido que quien contribuye a la construcción social y cumple con las obligaciones establecidas en las leyes (las sufre, por así decirlo) no pueda tener voz a la hora de discutir esas leyes (por la vía de la representación política). Solo quien tiene reconocida la capacidad de intervenir como sujeto en la vida política puede conseguir situar en la agenda política –en la legislativa– sus preocupaciones y necesidades. Los derechos políticos se convierten

así en la llave para poder reclamar y ejercitar el resto de los derechos.

De otro, porque si condicionamos el reconocimiento de un derecho fundamental a un requisito ajeno al sujeto como es la voluntad política de su Estado de origen de reconocer tales derechos a los ciudadanos españoles, estamos sometiendo el reconocimiento de un derecho fundamental del sujeto a una condición absolutamente ajena a su condición y a sus posibilidades. La lógica de la reciprocidad implica que el derecho de voto quede condicionado al lugar de nacimiento de una persona. Significa que la voluntad de residir y pertenecer a una sociedad de forma estable no es lo determinante, porque no da derecho a formar parte de la comunidad política: condiciona este derecho a unos acuerdos que son ajenos a la situación de las personas que han acreditado mediante su residencia estable, su voluntad de estar.

Finalmente, porque se introducen así situaciones de discriminación inaceptables entre los propios extranjeros residentes estables extracomunitarios, produciendo nuevos criterios de estratificación entre los extranjeros. El condicionamiento de los derechos políticos a la reciprocidad, en unos casos hace imposible su ejercicio y en otros lo convierte en algo muy improbable. En efecto, quedan fuera del reconocimiento de dichos derechos las personas que provienen de países con los que el Gobierno español actualmente no puede firmar ese tipo de acuerdos, sencillamente porque sus gobiernos no tienen interés prioritario en reconocer derechos políticos a los escasos residentes españoles, o porque su legislación expresamente prevé lo contrario. En definitiva, resulta evidente cómo esta condición genera situaciones de desigualdad, de discriminación injustificada, entre personas inmigradas, según su origen nacional. Si se piensa en el caso de la cantidad de extranjeros de origen marroquí, pakistaní o chino residentes establemente en España, la discriminación injustificada salta a la vista.

He sostenido y lo reitero aquí que hoy, en Estados democráticos que deben regirse por el principio de pluralismo inclusivo, en el contexto de globalización y multiculturalidad, la ciudadanía debe vincularse a la residencia efectiva, esto es, a la voluntad de pertenecer establemente, acreditada básicamente a través de la residencia legal estable, más que a la nacionalidad para convertir oficialmente en ciudadanos a quienes ya de facto forman parte de nuestra sociedad. En eso consiste la integración: en

llevar la igualdad a ese derecho fundamental que es la participación política.