

El principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en el Derecho español

Autor: José M^a Ruiz de Huidobro De Carlos
Profesor Propio Adjunto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho (ICADE)
Colaborador del Instituto de Estudios sobre Migraciones
Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Resumen

Este artículo tiene por objeto el principio de igualdad de trato jurídico entre nacionales y extranjeros, particularmente en lo relativo a la titularidad y goce de los derechos. El análisis se centra fundamentalmente en el Derecho español y el modo en que éste acoge el citado principio, tanto a nivel constitucional como legal. Desde un punto de vista técnico-jurídico, se critica la orientación que propugna la sustitución de la idea de nacionalidad por la de ciudadanía en la regulación de los derechos de los inmigrantes extranjeros.

Palabras clave: Principio de igualdad de trato; principio de no discriminación; Derecho de Extranjería; Derecho español de extranjería; nacionalidad; ciudadanía.

Abstract

This paper studies the principle of equal treatment of aliens and nationals, specially with regard to the recognition or exercise of rights. The main part of the analy-

sis focuses on Spanish Law and the way in which it reflects the aforementioned principle both in the Spanish Constitution and in legislation. Finally, from a legal point of view, the paper criticises the view that defends the substitution of the idea of nationality by the concept of citizenship in the regulation of immigrant aliens' rights.

Key words: Principle of equal treatment; principle of non-discrimination; Spanish aliens Law; nationality; citizenship.

I. Planteamiento

Aunque por razones de brevedad el título del artículo no sea suficientemente expresivo, el objeto de este trabajo es doble: en primer lugar, se pretende analizar el significado y alcance del principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en el ordenamiento jurídico español; en segundo lugar, se ofrece la crítica técnico-jurídica de aquellos planteamientos, formulados en la doctrina española actual con la loable finalidad de lograr un mejor trato jurídico a los extranjeros inmigrantes, que proponen la sustitución de la noción de nacionalidad por la de ciudadanía en la regulación de los derechos de los individuos; en efecto, los citados planteamientos propugnan el abandono de la nacionalidad no sólo como presupuesto del reconocimiento de los derechos, sino también como determinante de sus condiciones de ejercicio, mediante su desplazamiento por la condición de ciudadano predicable de los individuos, ya manteniendo el significado unitario de la ciudadanía, ya admitiendo una pluralidad de significados de la misma.

Antes de abordar ambos temas, es preciso plantear su sentido y trascendencia. Inicialmente, obsérvese que si se hace referencia al principio de equiparación (de trato) entre nacionales y extranjeros, se presupone la realidad o, cuanto menos, la posibilidad de la no equiparación (de trato) entre aquéllos y éstos; en efecto, el planteamiento al uso en el Derecho comparado admite el trato jurídico desigual entre nacionales y extranjeros atendiendo a su diferente condición jurídica en relación con la comunidad política soberana que subyace al Estado. En este sentido, recuérdese que la *extranjería* es la noción jurídica formal, que denota la condición jurídica de aquellos individuos que carecen de la nacionalidad de referencia (en este caso, la española)¹. Además, la *extranjería* constituye una situación jurídica diferencial, por-

¹ La *extranjería* se define de forma negativa -extranjero es el no nacional- y tiene carácter relativo -necesariamente ha de predicarse en relación con una comunidad política constituida y reconocida en la comunidad internacional como Estado soberano- (cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, "Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería", en ADROHER BIOSCA, Salomé y CHARRO BAENA, Pilar, *La Inmigración, Derecho español e internacional*. Barcelona: Bosch, 1995, 19-24). La condición jurídica de extranjero viene determinada en negativo por las leyes de la nacionalidad del Estado de que se trate, pues éstas

que, como ya se ha apuntado, el individuo extranjero en cuanto tal soporta un trato jurídico diferente del que recibe el individuo nacional; así, al extranjero se le aplica un estatuto jurídico -un conjunto de normas- *ad hoc*, que no es de aplicación al nacional y suele denominarse *Derecho de extranjería*.

Puede, entonces, afirmarse que la extranjería conlleva una lógica de diferenciación y discriminación. Aunque resulte extraño y rechazable a la luz del igualitarismo actual, atendiendo a principios jurídicos primigenios la citada desigualdad de trato puede encontrar razón suficiente. Desde un punto de vista lógico, el *principio de igualdad* implica tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, *recte*, tratar igualmente a quienes se encuentren en posición idéntica y tratar de forma diferente a quienes se encuentren en posición diversa, siempre que la diversidad de posición sea relevante y justifique el diferente trato; en conclusión, el trato jurídico desigual puede justificarse si tiene fundamento bastante en una razón de desigualdad, que puede ser tanto formal como material. Aplicando estas ideas generales a la extranjería, la desigualdad de trato que soportan los extranjeros respecto de los nacionales sólo sería legítima o admisible si tiene fundamento directo y suficiente en su diferente condición jurídica (por carecer de la nacionalidad de referencia) y en la realidad social que la causa, es decir, su no pertenencia a la comunidad política soberana².

Aunque la evolución histórica ha conducido a una reducción del trato jurídico discriminatorio al extranjero y en el Derecho comparado contemporáneo se ha extendido el principio de equiparación de trato entre nacionales y extranjeros, todavía es normal no sólo que éstos estén excluidos de los derechos políticos, sino también que sufran limitaciones en las libertades de circulación, de residencia y de establecimiento en el territorio nacional. Aquí se encuentra el núcleo central y más significativo de la extranjería: la potestad de admitir o inadmitir a los extranjeros dentro del territorio nacional que se reconoce a los Estados para servir a los intereses generales de su comunidad política. Para ello, la legislación emplea las oportunas técnicas jurídicas, entre las cuales destacan, por un lado, la autorización administrativa (de entrada, de permanencia o de trabajo) y, por otro, la expulsión como sanción específica y característica aplicable al extranjero infractor de la normativa de extranjería. El sistema de autorizaciones administrativas, en función de que se haya obtenido o no la correspondiente autorización, da lugar a las situaciones jurídicas de

determinan quiénes ostentan su nacionalidad. Los sistemas legales de la nacionalidad procuran *reconocer* como nacionales a los individuos que sociológicamente pertenecen a la comunidad política mediante la formalización como criterios jurídicos de ciertos indicadores de pertenencia social (por ejemplo, el nacer de un nacional o en el territorio nacional, el residir durante un cierto período de tiempo); ahora bien, una vez formalizados, los criterios jurídicos operan automáticamente y en ciertos casos puede no darse la correspondencia entre lo que cabe denominar la *nacionalidad* (o *extranjería*) *jurídica* y la *nacionalidad* (o *extranjería*) *sociológica* (para una concepción puramente formal de la nacionalidad, cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Derecho español de la nacionalidad*. Madrid: Tecnos, 1987, 19 y ss).

² Desarrollaremos estas ideas cuando abordemos el segundo objeto de este trabajo (cfr. *infra* epígrafe IV).

regularidad (legalidad) e *irregularidad* (ilegalidad), que, predicándose de los individuos que se encuentran en ellas, originan dos clases de extranjeros: los *regulares* (legales) y los *irregulares* (ilegales). En la óptica tradicional, los irregulares, en cuanto que infractores del régimen legal, no sólo quedan sometidos a su régimen sancionador, sino también abocados a una situación jurídica más desfavorable, pues *se asume como natural* que la titularidad y/o goce de *ciertos* derechos por los extranjeros tiene como presupuesto su *regularidad*. Actualmente, por influencia de las doctrinas de los derechos humanos, se cuestiona el trato jurídico desigual impuesto a los extranjeros (tanto a los regulares como a los irregulares); de hecho, en virtud de la extensión creciente del principio de equiparación, las diferencias de trato se reducen y su desenvolvimiento se somete a condiciones y garantías más rigurosas y, respecto del núcleo de la extranjería, se compensan mediante el reconocimiento a los extranjeros de derechos específicos (por ejemplo, derecho a la reagrupación familiar, derecho a la residencia permanente), cuyo significado se encuentra en la situación de partida de limitación en las libertades de circulación, residencia y establecimiento.

Finalmente, respecto del tema objeto del presente número monográfico de la Revista ICADE, la inmigración, conviene tener en cuenta que no todo extranjero puede calificarse de inmigrante, pues muchos extranjeros no se desplazan a España con la finalidad de incorporarse a su mercado de trabajo para mejorar sus condiciones de vida (por ejemplo, estudiantes, turistas, jubilados...). Es frecuente que esta distinción entre extranjería e inmigración no tenga suficiente eco en la política legislativa ni en otras políticas públicas, señaladamente, las sociales³. En realidad, la política de extranjería y la política de inmigración deben distinguirse nítidamente por muy interrelacionadas que se presenten⁴.

Sentadas estas consideraciones generales, procede pasar a analizar el modo en que el ordenamiento jurídico español acoge el principio de equiparación entre nacio-

³ Esta distinción ha sido una constante en mis trabajos sobre la materia, entre los cuales cabe citar: en relación con la reforma legislativa española del 2000, RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, "Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración", *Migraciones*, 4: 291-2, 1998) y "La Ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico", *Migraciones*, 7: 61-66, 2000; contiene una exposición general y concisa de la cuestión, "Una interpretación sobre la regulación legal de la inmigración en España", *Razón y fe*, febrero: 157-163, 2005. También ha desarrollado extensamente la distinción, SAGARRA TRÍAS, Eduard, *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2002, 29-55, si bien con un significado y planteamiento diversos al mío.

⁴ La *política de extranjería* tiene su centro de gravedad en razones de policía (seguridad y orden público), mientras que la *política de inmigración*, en motivos de desarrollo económico e integración de la sociedad. En el plano legislativo, la *política de extranjería* se manifiesta principalmente en la regulación legal de la entrada y la permanencia de los extranjeros en el territorio nacional, cuya gestión suele encomendarse a las autoridades administrativas policiales, en cambio la *política de inmigración* tiene una dimensión primordial en la regulación legal del trabajo de los extranjeros en el mercado nacional, cuya gestión suele ser responsabilidad de las autoridades administrativas laborales o, incluso, de órganos administrativos creados al efecto; además, la política de inmigración es más poliédrica que la política de extranjería, pues abarca la adopción de medidas de naturaleza diversa (económica, social, cultural...) a favor de la integración social de los inmigrantes, así como la regulación legal de sus derechos sociales.

nales y extranjeros, tanto a nivel constitucional como a nivel de la legislación orgánica. Será objeto de los dos siguientes epígrafes.

II. El artículo 13 de la Constitución española de 1978

Con anterioridad a la CE, el Código Civil formulaba un principio general de equiparación entre extranjeros y nacionales⁵. La Constitución española de 1978 (CE) dedica su art. 13 a la regulación básica de la extranjería⁶. Está ubicado sistemáticamente en el capítulo I *De los españoles y extranjeros* del Título I *De los derechos y deberes fundamentales*, poniendo de manifiesto la sensibilidad del constituyente en el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades de las personas, si bien, como veremos más adelante, la regulación constitucional de la materia resulte insuficiente y precise desarrollarse por la jurisprudencia constitucional, de un lado, y, de otro, por la legislación orgánica⁷. En relación con la inmigración, este fenómeno es ajeno a la CE; en realidad, la CE no prevé el fenómeno migratorio, porque

⁵ Estaba contenido en el todavía vigente artículo 27 del Código Civil. Su tenor es “los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados”. Obsérvese que el principio de equiparación entre extranjeros y nacionales está formulado con gran amplitud, si bien prevé la posibilidad de excepciones sin límite alguno. Este último extremo y su rango de ley ordinaria obligaba a su replanteamiento constitucional.

⁶ El tenor del art. 13 CE es: “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 (se refiere a los derechos de participación política), salvo a 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 (la versión vigente del número 2 fue dada por la modificación constitucional de 27 de agosto de 1992 para adaptarlo a lo establecido en el Tratado de la Unión Europea - Maastricht-; hasta la fecha es la única modificación de la CE de 1978). 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Para estudiar el proceso de redacción del artículo, especialmente los números primero y segundo, vid. SAGARRA, cit., 58-66 y PÉREZ VERA, Elisa y ABARCA JUNCO, Paloma (actualización), “Artículo 13 Extranjería”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (director), *Comentarios a la Constitución española*, t. II. Madrid: Edersa, 1997, 187-192 y 203-207.

⁷ Respecto de la jurisprudencia constitucional, son reseñables las siguientes sentencias: STC 107/1984, de 23 noviembre (RTC 1984/107), fijó la primera y básica interpretación del artículo 13.1 CE por el Constitucional; STC 99/1985, de 30 septiembre (RTC 1985/99), sobre el derecho a la tutela judicial efectiva; STC 115/1987, de 7 julio (RTC 1987/115), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica 7/1985; STC 94/1993, de 22 marzo (RTC 1993/94), sobre el derecho a la libre circulación de los extranjeros; STC 155/1994, de 23 mayo (RTC 1994/155), sobre el derecho a la libre circulación de los extranjeros; STC 95/2000, de 10 abril (RTC 2000/95), sobre el derecho de asistencia sanitaria pública; STC 13/2001 de 29 enero (RTC 2001/13), sobre el principio de igualdad ante la Ley; las sentencias citadas ponen de manifiesto una línea jurisprudencial tendente a reducir la admisibilidad del trato diferenciado de los extranjeros; para un análisis de la jurisprudencia constitucional: VIDAL FUEYO, M^a del Camino, *Constitución y Extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Madrid: CEP, 2002, 51-66, 156-158; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Madrid: Universitas Internacional, 2004, 83-118. Por otra parte, la legislación orgánica será objeto de estudio en el epígrafe III de este trabajo.

en 1978 era inexistente (sólo empezaría a ser apreciable en la segunda mitad de los ochenta)⁸.

Del texto del artículo 13 CE, interesa llamar la atención sobre sus dos primeros números. El primer número -art. 13.1 CE- establece un principio de equiparación restringida entre nacionales y extranjeros en el goce de las libertades públicas recogidos en el Título I de la CE, pues los extranjeros quedan sometidos a las limitaciones o exclusiones prescritas en la propia CE, las leyes y los tratados. En el segundo número -art. 13.1 CE- se recoge la exclusión más importante que sufren los extranjeros en el texto constitucional (relativa a los que cabe denominar derechos de participación política, salvo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales cuando se establezca por tratado o ley atendiendo a criterios de reciprocidad)⁹.

Dados los términos genéricos del art. 13.1 CE, su interpretación ha planteado a los exegetas diversas cuestiones: primera, la delimitación del ámbito en que se desenvuelve el principio de equiparación restringida, es decir, cuál es el significado de la expresión “libertades públicas” empleada en el precepto constitucional; segunda, la definición del nivel de protección y las garantías que defienden los derechos de los extranjeros; tercera, conectada con la anterior, la determinación del fundamento y alcance de las restricciones en la titularidad y goce de las citadas libertades que pueden sufrir los extranjeros en virtud de lo establecido en la propia CE, las leyes o los tratados (o, dicho de otro modo, el sentido de la remisión que el art. 13.1 CE hace a las leyes y los tratados)¹⁰. Con base en la doctrina del Tribunal Constitucional, las cuestiones formuladas pueden contestarse de la forma siguiente:

Primera, si bien la expresión “libertades públicas” parece subsumir solo a los poderes jurídicos así designados y recogidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la CE, la interpretación del Constitucional, alabada por la doctrina científica, extiende su dominio a todos los derechos y libertades mencionados en el Título I¹¹. Por tanto, dada la extensión y amplitud del Título I, cabe concluir que el principio de

⁸ La CE sólo contiene un precepto relativo a los movimientos migratorios, cuyos destinatarios son los emigrantes españoles, resultando coherente con el carácter tradicional de España como país de emigración. Se trata, dentro del Capítulo III del Título I, *De los principios rectores de la vida económica y social*, del art. 42, cuyo tenor es: “el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”.

⁹ Entre otras obras, para el análisis del art. 13.1 CE, son de utilidad: LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, “Derechos y libertades de los extranjeros en España”, en ADROHER BIOSCA, Salomé y CHARRO BAENA, Pilar, *cit.*, 191-254, especialmente 191-195; SEGARRA TRÍAS, Eduard, *op. cit.*, 57-68, 97-117; PÉREZ VERA, Elisa y ABARCA JUNCO, Paloma (actualización), *cit.*, 183-209; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coordinador), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*. Valladolid: Lex Nova, 2000, 20-27 y 51-56; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *op. cit.*, 36-41; VIDAL FUEYO, M^a del Camino, *op. cit.*, 29-158; ROIG MOLÉS, Eduardo, “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2005, 587-632.

¹⁰ Cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Derechos y libertades...*, *cit.*, 192; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *op. cit.*, 37 y en ambos referencias.

¹¹ Cfr. STC 107/1984, de 23 noviembre (RTC 1984/107). Para la doctrina, vid. notas precedentes.

equiparación entre extranjeros y nacionales presenta un ámbito de desenvolvimiento tan amplio que abarca prácticamente todos los aspectos materiales de la vida social.

Segunda, aunque el art. 13.1 CE proclama que los extranjeros gozarán de los derechos y libertades *en los términos que establezcan los tratados y la ley*, ello 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 atribuyen 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”¹². Ello significa que los derechos y libertades de los extranjeros, a pesar de que las leyes y los tratados internacionales pueden modular su goce por los mismos, están dotados de protección análoga a la de los derechos y libertades de los españoles; en caso de tratarse de los derechos del capítulo II del Título I, tendrán incluso la oportuna protección constitucional.

Tercera, como consecuencia de lo anterior, la modulación del goce de los derechos realizada por las leyes y por los tratados internacionales deberá ser compatible con la CE. En efecto, el art. 13.1 CE se integra dentro del conjunto del texto constitucional, que constituye su necesario contexto; además, la CE contiene otros principios y reglas que dibujan la matriz interpretativa del propio art. 13.1 CE. Así, si bien es cierto que los extranjeros pueden sufrir un trato jurídico diferenciado desfavorable respecto de ciertos derechos de conformidad con el art. 13 CE y sus concordantes, también es cierto que dicho trato jurídico desigual debe ser razonable, i. e., tener base suficiente en el fundamento social del trato desigual entre extranjeros y nacionales (la pertenencia o no a la comunidad política soberana subyacente al Estado).¹³ Ello implica que el trato jurídico desigual debe justificarse *ad casum* en relación directa con la causa que lo justifica (la no pertenencia a la comunidad), resultando,

¹² STC 107/1984, de 23 noviembre (RTC 1984/107).

¹³ Ha desarrollado la cuestión con acierto y precisión, GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *op. cit.*, 41-82. En esta línea, expone sucesivamente: el art. 10 CE, que recoge la idea de la dignidad de la persona como fundamento de los derechos inviolables que le son inherentes y del principio de libre desarrollo de la personalidad; el alcance de los textos internacionales sobre derechos humanos como marco interpretativo de la regulación constitucional, de acuerdo con el art. 10.2 CE; otros parámetros constitucionales a tener en cuenta en el desenvolvimiento del artículo 13, a saber, la sociedad democrática avanzada (ex Preámbulo CE), la definición del Estado español como Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político (ex art. 1 CE), la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos a la CE y el mandato constitucional a los primeros de que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas (ex art. 9 CE) y la vinculación de los poderes públicos por los derechos y las libertades del capítulo II del Título I de la CE, cuyo contenido esencial constituye un límite al propio legislador (ex art. 53.1 CE). En análoga línea, cfr. SAGARRA TRÍAS, Eduard, *op. cit.*, 77-85. Sobre los extranjeros y el derecho a la igualdad, cfr. VIDAL FUEYO, M^a del Camino, *op. cit.*, 159-183, especialmente 171-176 en lo relativo a la razonabilidad del trato desigual.

entonces, que sólo son admisibles las diferencias de trato en aquellos derechos o libertades entre cuyos presupuestos de titularidad o de ejercicio sea razonable (y siempre en la debida proporción) la consideración de la condición de nacional o no del sujeto. Obviamente, si la propia CE establece el trato desigual (por ejemplo, art. 13.2 CE respecto de los derechos de participación política), será por definición razonable; en cambio, si la desigualdad es establecida por ley o tratado, entonces deberá ser conforme a los patrones constitucionales expuestos.

Partiendo de estas premisas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido una conocida clasificación tripartita de derechos y libertades, atendiendo al modo desigual en que su titularidad y goce se reconoce a los extranjeros¹⁴. La citada clasificación puede exponerse de la siguiente manera:

En un primer grupo, los derechos que son inherentes a la persona por su ligazón inmediata con la dignidad inalienable del ser humano corresponden a todas las personas, españoles y extranjeros, sin que el legislador pueda constitucionalmente establecer discriminación alguna en su regulación. Entre estos derechos, se citan el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad religiosa y de culto, la libertad ideológica, el derecho a la libertad personal y a la seguridad, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y al propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio la libertad de expresión, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En un segundo grupo, los que hemos denominado derechos de participación política, que no admiten la equiparación de trato entre extranjeros y nacionales, porque el art. 13.2 CE excluye de su titularidad a los extranjeros, según se indicó *supra*. Se trata de los derechos recogidos en el art. 23 de la CE: “derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”, “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”. El fundamento de esta exclusión se encuentra en el hecho de que tales derechos de participación sólo deben corresponder a los nacionales, pues son éstos quienes se consideran miembros de la comunidad política soberana.

En un tercer grupo, el resto de los derechos y libertades sobre los cuales las leyes y los tratados pueden establecer diferencias de trato entre extranjeros y nacionales; por ello, se dicen derechos de configuración legal. Entre ellos cabe citar los denominados derechos sociales. Ahora bien, como se apuntó *supra*, la desigualdad de trato debe ser justificada y razonable y, en caso de tratarse de los derechos y libertades del

¹⁴ “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 artículo 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 cuanto a su ejercicio” [EJ. nº 4 de la STC 107/1984, de 23 noviembre (RTC 1984/107)]. En la nota 7 están recogidas las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional sobre la cuestión.

Título I de la CE, las leyes y los tratados sólo podrán atemperar su ejercicio dentro de los límites derivados de la propia naturaleza del derecho de que se trate.

En fin, como ya se ha señalado, la tendencia jurisprudencial es restringir la admisibilidad del trato desigual entre extranjeros y nacionales, lo que se logra, por un lado, moviendo algún derecho concreto de una a otra de las tres clases señaladas *supra*; por otro, siendo más estrictos en el requerimiento de la justificación de la desigualdad de trato que se pretende introducir vía ley o tratado. Ello aconseja analizar cómo la legislación orgánica ha desarrollado el principio de equiparación constitucional.

III. El principio de equiparación en la legislación orgánica

Partiendo del principio de equiparación restringida entre extranjeros y nacionales en la CE, puesto que admite trato desigual con fundamento en la no pertenencia del extranjero a la comunidad nacional, la regulación de la extranjería tiene por objeto precisamente el desarrollo de aquellos aspectos en los que se juzga conveniente el trato desigual a los mismos; en la técnica legislativa actual se concreta en la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros. Téngase en cuenta que, si se parte del principio de equiparación, en la regulación concreta de cada tipo de derecho o situación de poder individual en que se quiera tratar desigualmente al extranjero habrá que excluirle expresamente de la regulación común a los nacionales; asimismo, habrá que ponderarse la consideración de criterios adicionales de índole subjetiva que justifiquen ulterior trato de desigual al de la propia extranjería (por ejemplo, la procedencia nacional del extranjero o la condición de regularidad o irregularidad de su permanencia en el territorio nacional).

La LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE 3 julio 1985), constituyó la primera ocasión en que se legisló sobre la materia después de la CE. El principio constitucional de equiparación restringida del art. 13.1 CE fue desarrollado en sus arts. 3¹⁵ y 4.1¹⁶, aunque en realidad las disposiciones citadas lo reproducían más que desarrollarlo. Por lo demás, si atendemos al contenido de la LO 7/1985, ésta se caracterizaba por el énfasis en el control de los extranjeros (de su entrada, permanencia y trabajo en España con la consiguiente limitación de las libertades de circulación, residencia y establecimiento y del derecho al trabajo) y por un reconocimiento de derechos muy restrictivo, basado en la clasificación de extranjeros legales e ilegales y, dentro de los legales, de extranjeros en régimen de estancia y extranjeros residentes (“es necesario diferenciar, con absoluta cla-

¹⁵ Su tenor es: “Lo dispuesto en la presente Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que sea parte España”.

¹⁶ Su tenor es: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”.

ridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad”, afirmaba el Preámbulo). El Defensor del Pueblo presentó un recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la LO 7/1985, relativos al derecho de reunión, al derecho de asociación, a la intervención del juez en la detención e internamiento y a la imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas, siendo acogido en parte por el Tribunal Constitucional¹⁷. En conclusión, se trataba de una ley de extranjería de corte tradicional con un fuerte componente discriminatorio de los extranjeros y ajena al fenómeno de la inmigración (por ejemplo, no preveía permisos de residencia y trabajo por tiempo indefinido, desconocía la reagrupación familiar).

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 12 enero 2000, corrección errores 24 enero 2000) constituyó el segundo impulso legislativo de regulación de la extranjería después de la CE, si bien aquí la finalidad del legislador fue crear un marco legal de derechos y libertades de los extranjeros favorecedor de la integración social de los extranjeros inmigrantes, como reflejan tanto el título de la LO 4/2000 como su contenido¹⁸. En esta línea, destacaron las novedades siguientes: la formulación de un principio de equiparación entre nacionales y extranjeros de gran alcance, el amplísimo reconocimiento de los derechos sociales (incluso, en favor de los extranjeros irregulares empadronados, es decir, dados de alta en los padrones municipales de población), la regulación de derechos específicos de los inmigrantes (derecho a la reagrupación familiar, derecho a la residencia permanente) y, en fin, la previsión de un procedimiento de regularización ordinaria singular.

Merece especial atención el art. 3.1 LO 4/2000 que desarrolla el art. 13.1 CE, llevando el principio constitucional de equiparación restringida entre extranjeros y nacionales a sus máximas posibilidades de igualdad de trato¹⁹. De entrada, ha de destacarse la propia rúbrica del art. 3 LO 4/2000, “Igualdad con los españoles e interpretación de las normas”, que resultaba muy expresiva de la opción del legislador orgánica a favor de la equiparación. El tenor del texto era concluyente: provocaba, por sí mismo, la desaparición de todas aquellas previsiones de discriminación que afectaban a los derechos de configuración legal del Título I de la CE (así como en sus leyes de desarrollo) y que no recibían cobertura en los artículos siguientes de la

¹⁷ Fueron impugnados los arts. 7, 8, 26 y 34; la STC 115/1987, de 7 julio (RTC 1987/115), citada ya en la nota 7, declaró inconstitucionales un inciso del art. 7, el número 2 del art. 8 y el último inciso del art. 34, e impuso una interpretación constitucional para el art. 26.2.

¹⁸ Sobre el significado jurídico-político de la LO 4/2000, puede consultarse: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coordinador), *op. cit.*, 13-43; RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José M³, “La Ley Orgánica 4/2000: historia...”, *cit.*, *passim*.

¹⁹ Su tenor es: “Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”. Para su estudio, pueden consultarse: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coordinador), *op. cit.*, 51-56; CHARRO BAENA, Pilar, y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, “La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico de sus principales novedades”, *Migraciones*, 7: 26-31, 2000.

propia LO 4/2000, o, naturalmente, de la CE. Se derogaba con ello cualquier discriminación añadida anterior y se dejaba establecido hacia el futuro que sólo por Ley Orgánica podrían introducirse nuevas discriminaciones²⁰. Por otra parte, todas las dudas de interpretación que se presentasen debían salvarse teniendo como criterio de orientación el principio de equiparación.

Además, cabía pensar en la extensión de este principio de equiparación máximo al resto de las situaciones jurídicas que no se subsumen en el Título I de la CE, en particular lo relativo a la situación jurídica de administrado. En efecto, el principio de equiparación de la LO 4/2000 no hacía excepción de la propia igualdad (*ex art. 14 CE*); más aún, la misma LO 4/2000 ponía énfasis especial en la persecución de la discriminación, lo cual conducía al intérprete, también en estos casos, hacia la mayor equiparación posible²¹. En relación a la situación jurídica de administrado, los principios enunciados eran reforzados por el art. 18.2²² de la LO 4/2000, dado que prescribía, para el desarrollo reglamentario de los procedimientos administrativos en materia de extranjería, el principio de equiparación con las garantías de que gozan, en general, los administrados españoles. Finalmente, en cuanto que la LO 2/2000 formuló la equiparación sin mayores matices, era posible imaginar supuestos tradicionalmente excluidos de una ley de extranjería (por ejemplo, toda la normativa relativa a la actividad económica de extranjeros o las inversiones extranjeras) que podrían verse también afectados por los efectos de la mencionada equiparación²³.

En conclusión, del art. 3.1 LO 4/2000, se desprendería que al extranjero se le aplicarían las mismas normas que a los españoles, recibiendo el mismo trato jurídico que éstos, salvo cuando una norma de rango suficiente lo excluyera, por existir fundamento para ello derivado de la propia condición de la nacionalidad.

Los avatares del juego político produjeron una nueva iniciativa legislativa, dando lugar a la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 23 diciembre 2000). La LO 8/2000 procede a una revisión completa del articulado de la LO 4/2000, que supone un cambio en la orientación general de la regulación legal; en efecto, se pretende la regulación de los flujos migratorios mediante el refuerzo intenso del régimen legal erigido para su control, mientras que la integra-

²⁰ Hemos defendido, incluso, que las nuevas discriminaciones sólo podían ser introducidas por Ley Orgánica que tuviera por objeto específico la condición jurídica de los extranjeros, dado que el art. 3.1 LO 4/2000 no hacía referencia, como se hacía en la LO 7/1985, al poder de limitación de las leyes sectoriales, *cfr.* CHARRO BAENA, Pilar, y RUÍZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, *op. cit.*, 29.

²¹ *Cfr.* arts. 21 y 22 del Capítulo IV *De las Medidas Antidiscriminatorias* del Título I de la LO 4/2000.

²² Su tenor es el siguiente: "Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones".

²³ Para una explicación detenida de esta interpretación, *cfr.* CHARRO BAENA, Pilar, y RUÍZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, *op. cit.*, 29-31.

ción social de los inmigrantes, objeto de atención preferente de la LO 4/2000, queda en un segundo plano en la reforma y, además, atendiendo a la Exposición de Motivos de la LO 8/2000, circunscrita a los *residentes extranjeros*. Ello se concreta en las siguientes orientaciones de política legislativa: el debilitamiento del principio general de equiparación entre españoles y extranjeros, la más restrictiva regulación de los derechos, la restricción de la regularización ordinaria singular y la mayor severidad del régimen sancionador²⁴.

El art. 3.1²⁵ recibe una nueva redacción, todavía vigente, en la LO 8/2000. Supone el debilitamiento del principio general de equiparación entre extranjeros y españoles, pues se condiciona, además de a lo establecido en la propia LO, a lo establecido en los Tratados internacionales y las leyes reguladoras de cada derecho, lo cual significa que cabe que existan normas discriminatorias de los extranjeros a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico, siempre que respeten los términos del art. 13.1 CE, según es interpretado por el Tribunal Constitucional. La finalidad reformadora de la LO 8/2000 parece clara: evitar la interpretación radical de la equiparación que propiciaba el texto de la LO 4/2000 y dejar abierta la posibilidad de modular el ejercicio y, en su caso, la titularidad de los derechos de los extranjeros al legislador

²⁴ Sobre el significado jurídico-político de la LO 8/2000, cfr. RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, "El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio", *Migraciones*, 9, 2001, *passim.*, en especial 83-92. Aparte del debilitamiento del principio de equiparación, es sintomática de la orientación general de la LO 8/2000 la regulación de los derechos: se vuelve a reforzar la regularidad como presupuesto para el goce o/y titularidad de los derechos y suprime, salvo algún olvido, la inscripción en el Padrón Municipal como presupuesto del reconocimiento de ciertos derechos. Lo primero se manifiesta en la regulación de las libertades de reunión y manifestación (art. 7.1 LOE), libertad (sic) de asociación (art. 8 LOE), derecho de educación no obligatoria (art. 9.3 LOE), derecho al trabajo y a la Seguridad Social y el acceso al empleo público laboral (art. 10 LOE, corrigiendo respecto de aquel los términos vagos de la redacción original), libertad de sindicación y derecho de huelga (art. 11 LOE), derecho a ayudas en materia de viviendas (art. 13 LOE), derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 22 LOE); por ello, se presentaron algunos recursos de inconstitucionalidad pendientes de regulación, si bien alguno ya desistido (Islas Baleares, cfr. BOE 21/02/2006). Las referencias a la inscripción en el Padrón Municipal se suprimen respecto de las ayudas en materia de viviendas (art. 13 LOE), la asistencia jurídica gratuita (art. 22 LOE) y como requisito de la regularización singular permanente; sin embargo, se han mantenido las referencias al empadronamiento respecto de la participación en la vida pública municipal (art. 6 LOE) y el derecho a la asistencia sanitaria (art. 12 LOE). Respecto del derecho a la reagrupación familiar, la regulación es más restrictiva (cfr. arts. 16 y 17 LO 8/2004).

²⁵ Su tenor: "Artículo 3 Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas. 1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta 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 esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles". Para su estudio, son de utilidad: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Derechos y libertades de los extranjeros e interpretación de las normas (art.3)", en MOYA ESCUDERO, Mercedes (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*. Granada: Comares, 2001, 473-490; ESPUGLES MOTA, Carlos, y DE LORENZO SEGRELLES, Manuel, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, 47-51; GARCÍA COSO, Emiliano, "Comentario artículo 3" en CAMPO CABAL, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Madrid: Civitas, 2001, 57-62; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *op.cit.*, 125-129; RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, "El régimen legal de la inmigración...", *cit.*, 85-6. VIDAL FUEYO, M^a del Camino, *op. cit.*, 140-152.

ordinario²⁶. En conclusión, el principio de equiparación queda reducido a un mero criterio interpretativo general.

Las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre (BOE 30 septiembre 2003), y 14/2003, de 20 de noviembre (BOE 21 noviembre 2003) vuelven a afectar al régimen básico de la extranjería. En lo que ahora nos ocupa, las Disposiciones adicionales 3ª y 4ª de la LO 14/2003 introducen peculiaridades en los procedimientos administrativos relativos a esta materia, que los convierten en auténticos procedimientos de excepción; con ello, se produce un grave quebranto del principio de equiparación entre extranjeros y nacionales en la situación jurídica de administrado.

Después de la evolución expuesta, ¿cómo queda en la legislación orgánica de la extranjería el principio de equiparación y, en general, la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros? El texto vigente proviene de la LO 4/2000 y su contrarreforma por la LO 8/2000²⁷. Los sucesivos impulsos legislativos con opciones de política legislativa divergentes no facilitan la construcción del sistema, pero cabe conjeturar que la regulación descansa en la combinación de cuatro principios:

- 1º Respeto a los principios y preceptos constitucionales respecto de la equiparación de trato entre españoles y extranjeros en un doble sentido: De un lado, no se traspasa el límite constitucional a la equiparación definido por la reserva de los derechos de participación política más intensos a los nacionales (*ex art. 23* en relación con el art. 13.2 CE) y, de otro lado, no se infringe la interdicción constitucional de la desigualdad de trato por razón de la nacionalidad de los derechos y libertades fundamentales directamente ceñidos a la dignidad del ser humano, según la jurisprudencia constitucional analizada.
- 2º Principio de equiparación de trato jurídico entre los españoles y los extranjeros como criterio interpretativo general. Recuérdese el significado del principio de equiparación: sólo cabrá la desigualdad de trato jurídico entre españoles y extranjeros cuando esté recogida expresamente en la legislación y siempre respetando los principios constitucionales expuestos; en la práctica, se concreta en que se prescindirá de la nacionalidad a efectos de reconocimiento de los derechos o el acceso a las prestaciones públicas.
- 3º Utilización frecuente de la regularidad del extranjero como presupuesto para reconocerle ya la titularidad, ya el ejercicio de los derechos y libertades (por ejemplo, libertad de reunión y derecho de manifestación; libertad de asociación; libertades de circulación, de residencia y establecimiento; derecho al trabajo y a la Seguridad Social; libertades de sindicación y de huelga...).

²⁶ Haciéndose eco de la línea limitativa, *cfr.* GARCÍA COSO, Emiliano, *op. cit.*, pág. 58 y ss; ESPUGLES MOTA, Carlos, y DE LORENZO SEGRELLES, Manuel, *op. cit.*, págs. 43-8, llaman la atención de que el texto reformado vuelve a la regulación de la LO 7/1985.

²⁷ La LO 14/2003 afectó muy limitadamente al Título I de la LOE: sólo en relación a los derechos a la documentación y a la reagrupación familiar.

4º Reconocimiento de ciertos derechos sociales (educación, sanidad) al extranjero con independencia de su situación de regularidad, ya por hallarse simplemente en España, ya por estar inscritos en el Padrón Municipal de población. De ello es posible hacer una clasificación dentro de la irregularidad entre aquéllos que se encuentran inscritos en el Padrón Municipal y los que no se encuentran en dicha circunstancia, dado que la Ley de Extranjería utiliza la inscripción en el Padrón como causa de diferente trato jurídico²⁸.

IV. ¿Sustitución de la nacionalidad por la ciudadanía? Crítica técnico-jurídica

Según lo expuesto hasta ahora, el ostentar o no la nacionalidad de un determinado Estado (es decir, el ser nacional o ser extranjero) supone una diferencia de condición o situación jurídica que justifica el trato jurídico desigual en todos aquellos aspectos en los que, para el fundamento de su regulación, sea relevante la pertenencia o no a la comunidad política soberana, si bien el sentido de la evolución jurídica ha sido tender a la equiparación de trato entre nacionales y extranjeros. Así, se reduce la *potencia discriminadora* de la nacionalidad o, dicho de otro modo, se aprecia cada vez más que muchas diferencias tradicionalmente basadas en la nacionalidad no son razonables. Es sabido que este proceso ha sido favorecido por las modernas doctrinas de los derechos humanos, con su vocación universalista e igualitarista. En los dos epígrafes anteriores, se ha expuesto como se ha concretado en el ordenamiento jurídico español.

Este proceso de revisión y crítica del planteamiento legal de la extranjería se ha intensificado en la doctrina española como consecuencia de los actuales movimientos inmigratorios, que han supuesto el asentamiento en España de un apreciable número de inmigrantes extranjeros a un ritmo de crecimiento muy alto durante los últimos años. Esta crítica se despliega en dos niveles: primero, se discute si son razonables las limitaciones a las libertades de circulación y de residencia de los extranjeros, lo que implica cuestionar la potestad del Estado de admitir o inadmitir extranjeros; segundo, se critica la discriminación legal que suelen sufrir los extranjeros irregulares en el goce de ciertos derechos. En este sentido, resultan especialmente interesantes y gozan de amplio eco las tesis del profesor De Lucas²⁹. Partiendo de una

²⁸ Aunque la reforma hecha por la LO 8/2000 redujo al mínimo su ámbito de desenvolvimiento, todavía subsisten manifestaciones del principio (cfr. nota 24). El empadronamiento manifestaría el *arraigo* del extranjero irregular en España, lo que pondría de relieve su condición inmigrante y la conveniencia de reconocerle derechos que sean medios necesarios para su integración social. Esta es la manifestación más clara de que el legislador es consciente de que extranjero no coincide con inmigrante.

²⁹ No es posible aquí referenciar la extensa obra del citado profesor sobre la cuestión; me remito a recoger dos trabajos: en primer lugar, DE LUCAS, Javier, "El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones", en DEL ÁGUILA, Rafael (coordinador), *Immigración. Un desafío para España*. Madrid: Pablo Iglesias, 2005, 119-176, es uno de sus últimos trabajos, en el que se pueden encontrar múltiples referencias, especialmente,

concepción amplia de los derechos humanos, el profesor De Lucas aboga, en síntesis, por el abandono de la nacionalidad como presupuesto del goce de los derechos y su sustitución por el concepto de ciudadanía. Según ello, el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes pasa por su condición de ciudadanos y ésta (la ciudadanía) se funda en o surge de la residencia estable (¿legal?, ¿de hecho?). Bien es cierto que el planteamiento del citado autor es más complejo, pues acoge una noción de ciudadanía plural (multilateral, local, estatal) que desplegaría su significado en los ámbitos previamente definidos y respondería también a situaciones de mayor estabilidad en la residencia.

Desde un punto de vista técnico-jurídico estricto, a mi juicio, para ese viaje no se necesitan alforjas: si se trata de remover las discriminaciones que sufren los extranjeros por razón de su nacionalidad, no creo que sea un buen camino el cambiar la nacionalidad por la ciudadanía como presupuesto de reconocimiento de derechos. Intentaré justificar por qué.

Comparto la crítica del profesor De Lucas a la óptica tradicional que justifica ampliamente la discriminación por razón de la nacionalidad³⁰; ahora bien, dejando de lado las concepciones de teoría del Estado y del Derecho subyacentes, me parece preferible avanzar profundizando en el fundamento y el desenvolvimiento de los conceptos jurídicos-técnicos implicados en la cuestión y no introducir otros nuevos que exigirían su formalización jurídica. Veámoslo.

Con independencia de su contenido semántico político, según se ha venido exponiendo, la nacionalidad es un concepto jurídico-técnico que denota simplemente el ligamen jurídico de un individuo con el Estado, es decir, su pertenencia a la comunidad política soberana subyacente; el ordenamiento jurídico de cada país determinará quiénes gozan de esa condición subjetiva y también determinará la desigualdad de trato justificada por carecer de esa condición personal. La desigualdad de trato puede afectar al reconocimiento o goce de los derechos y libertades; si es así, desde el punto de vista de la técnica jurídica, la nacionalidad se convierte, entonces, en presupuesto o requisito del goce del derecho o libertad de que se trate. Ahora bien, hoy no se admite que esa discriminación se expanda en cualquier dirección, sino sólo en aquellos derechos cuyo fundamento esté relacionado directamente con la pertenencia a la comunidad política; por tanto, se trataría de avanzar en la reducción de la

para el objeto del presente trabajo, nota 13, pág. 138; en segundo lugar, DE LUCAS, Javier, "Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37: 81-103, 2003, texto al que me refiero in genere en la exposición.

En todo el planteamiento que en el texto principal se expone subyace la revisión que, desde la ciencia y sociología políticas, se hace a los conceptos de nacionalidad y ciudadanía y su identificación en el Estado nacional a la luz de los modernos movimientos migratorios. Me resultaron especialmente sugerentes los siguientes trabajos: LÓPEZ SALA, Ana María, "Los retos políticos de la inmigración", en *Isegoría*, 26 (junio): 85-105, 2002; ZAPATA-BARRERO, Ricard, *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: Anthropos, 2001-, *Multiculturalidad e Inmigración*. Madrid: Síntesis, 2004.

³⁰ También comparto sus críticas al Estado nacional. Y sus escritos reflejan muy bien las dificultades y claros oscuros que ofrecen otros modelos de ciudadanía.

potencia discriminadora de la nacionalidad y de cuestionar algunas *suposiciones naturales* de la lógica tradicional de la extranjería.

Ante este esquema, el profesor De Lucas propone la sustitución de la nacionalidad por la ciudadanía basada en la residencia estable como presupuesto del reconocimiento de derechos y libertades, y mediante esta fórmula poderlos extender a los inmigrantes. Desde el punto de vista técnico-jurídico, ello exige construir una definición formal de ciudadano, para saber a qué extranjeros conviene; si la ciudadanía es plural habría que construir tantas definiciones cuantos significados se asignasen. Y, posteriormente, determinar qué desigualdad de trato puede justificarse con fundamento en cada una de las ciudadanía así definidas, es decir, determinar qué derechos y libertades tendrían como presupuesto o requisito de goce cada una de las plurales condiciones de ciudadano.

El resultado de ello, siempre desde el punto de vista de la técnica jurídica, es que al final del proceso disponemos de dos conceptos (nacionalidad y ciudadanía), cuyos significados son condiciones personales, predicables de los individuos, y a los que se puede recurrir para justificar desigualdades de trato. En efecto, prescindiendo de la pluralidad de significados de la ciudadanía, tendríamos ciudadanos nacionales (de los escritos del profesor De Lucas no se deduce que se abandone el concepto de nacionalidad), ciudadanos extranjeros y extranjeros transeúntes (sin residencia estable).

Llegados a este punto, entiendo preferible quedarse sólo con el concepto técnico-jurídico de nacionalidad; por un lado, no hay obstáculo alguno para flexibilizar su régimen legal (facilitando, por ejemplo, su acceso a los residentes estables y desligándolo de sus connotaciones identitarias de carácter étnico), además la idea de nacionalidad única y excluyente (pensada desde el centro de reclutamiento de soldados) va siendo desplazada por otra plural y compartida; por otro lado, cabe revisar su potencia discriminadora.

Pero, antes de pasar a ello, debo advertir que la propuesta del profesor De Lucas inadvertidamente acepta una suposición natural de la extranjería tradicional que necesita completa revisión. En efecto, cuando se propone, a efectos del reconocimiento de ciertos derechos y libertades, sustituir la nacionalidad por la ciudadanía, se acepta la suposición natural de que ciertos derechos (entre ellos, los que conllevan una relación jurídico pública entre individuo y Poder Público), presuponen o requieren la nacionalidad de su titular; para evitarlo, sustituye a ésta por la ciudadanía, pero, en realidad, lo que hace es desplazar la suposición natural a otro término (la ciudadanía), aunque de ésta proponga una definición más flexible que la de la nacionalidad³¹. En definitiva, se termina reconociendo que ciertos derechos tienen

³¹ El planteamiento del profesor De Lucas, aparte de su fundamento teórico-político, tiene una explicación procedente de la dogmática jurídica histórica: después de la Revolución francesa sólo a los ciudadanos se les reconocía ciertos derechos (señaladamente, los jurídico-públicos) y, en el Estado nacional, sólo los nacionales tenían la consideración de ciudadanos. Como fue la nacionalidad la que obtuvo pronto un preciso significado técnico-jurídico, terminó asumiéndose que el presupuesto subjetivo de esos derechos era la nacionalidad de su titular. Cfr. referencias de la nota 29.

como presupuesto subjetivo una condición personal del individuo más allá de su propia dignidad personal. En mi opinión, esa suposición natural y su corolario han de someterse a revisión profunda, al igual que algunas otras suposiciones naturales de la extranjería tradicional (por ejemplo, que el goce de ciertos derechos tenga como presupuesto la situación de regularidad del extranjero).

Partiendo de la esencial igualdad de la condición humana, por cuanto todos los individuos son iguales en dignidad, todas las diferencias de trato jurídico, señaladamente en el reconocimiento de derechos y libertades, tendrán una razón o justificación suficiente, reflejada en el supuesto legal que funde la desigualdad de trato. Si el Derecho introduce categorías de las personas (la nacionalidad y la extranjería, por ejemplo) habrá que determinar cuál es su fundamento y finalidad y, sólo desde ellas, colmar de contenido normativo su significado, que lógicamente será discriminator, *recte*, justificará la desigualdad de trato. Y como la vida socio-jurídica es dinámica habrá de revisarse constantemente si las categorías mantienen su fundamento y, por ende, su contenido normativo.

Aquí reside el núcleo de mi discrepancia con el profesor De Lucas: el acomete la revisión de la categoría de la nacionalidad, pero en vez de circunscribir su contenido normativo (o, de otro modo, su potencia discriminadora), introduce otra categoría, la ciudadanía, de carácter subjetivo y alcance general, que técnicamente tendrá su contenido normativo (y propia potencia discriminadora). No encuentro utilidad técnica alguna en ello: ¿no es preferible revisar la justificación o razón suficiente de todas y cada una de las discriminaciones que tradicionalmente se le suponen naturalmente a la nacionalidad para ver si hoy mantienen su razonabilidad? Puedo ejemplificar esta propuesta metodológica con diversos supuestos:

Primero, sin tener en cuenta ahora el acceso al mercado de trabajo, hasta hace poco se han mantenido discriminaciones de los extranjeros en el goce de ciertos derechos socio-laborales y de la Seguridad Social, ¿cuál es el fundamento de tales derechos? La protección de la persona que trabaja. ¿Tiene ello algo que ver con la pertenencia a la comunidad política soberana? No parece que sea así o, acaso, ¿el tabique que levanta el albañil extranjero es distinto, *ceteris paribus*, al tabique que erige el albañil nacional? Luego no hay razón suficiente para que existan estas discriminaciones.

Segundo, la educación es un derecho fundamental del menor de edad, su fundamento descansa en la especial protección que merecen los menores de edad. ¿No erradica esta protección especial la posibilidad de que la nacionalidad justifique la desigualdad de trato?, ¿es razonable limitar el ejercicio de ese derecho, privando del acceso al sistema educativo al menor de edad extranjero por su situación de irregularidad? La contestación vuelve a ser no; más aún, si se tiene en cuenta que el menor de edad extranjero, por lo general, es sujeto paciente de la situación de irregularidad.

Tercero, en el ámbito de los derechos políticos, ¿en qué se funda el derecho de participación política a nivel local, es decir, el derecho de sufragio en elecciones municipales? Atendiendo a lo prescrito en el art. 13.2 CE, en relación con su art. 23,

su fundamento se encontraría en el ser miembro de la comunidad política soberana, determinado por el vínculo de la nacionalidad. ¿No admite hoy revisión el criterio de la CE de 1978? Las elecciones locales tiene por finalidad elegir los gobiernos locales; éstos rigen los aspectos públicos más cercanos a la vida cotidiana de las personas en el territorio en que desarrollan su vida; este gobierno local, entonces, incide prioritariamente en aquellos que tienen su residencia habitual en el municipio y en los aspectos relativos a ese residir; en la medida que la residencia habitual del extranjero sea normalizada (no tanto por contar con una autorización de residencia, como por participar en el sostenimiento de las cargas públicas mediante el pago de impuestos), su exclusión de la participación política a nivel local quedaría infundada.

Llegados a este punto, reconozco que siempre termino cuestionando el núcleo central de la extranjería, es decir, las limitaciones a las libertades de circulación, de residencia y de establecimiento de los extranjeros en el territorio nacional de un país que no es el suyo. A pesar de la crisis del Estado nacional, en la actual configuración de la comunidad internacional, es razonable reconocer a los Estados la potestad de admitir o inadmitir a los extranjeros, que probablemente constituya condición de su subsistencia (en este caso, los derechos individuales de las personas hay que atemperarlos con los intereses generales del país de destino). Cuestión distinta es el alcance y los límites de esa potestad estatal. Pero ello no puede abordarse ahora.

V. Conclusión

Los derechos y libertades son, en principio, de las personas, de todas las personas. El trato desigual basado en la condición nacional o extranjera de las personas tiene que justificarse caso por caso y siempre guardando la desigualdad relación directa con el hecho determinante de la nacionalidad, la pertenencia a la comunidad política soberana, expresada en el vínculo jurídico de la persona con el Estado.

Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2001), “Derechos y libertades de los extranjeros e interpretación de las normas (art.3)”, en: MOYA ESCUDERO, M. (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*. Granada: Comares, 473-490.
- CHARRO BAENA, P. Y RUIZ DE HUIDOBRO, J. M. (2000), “La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico de sus principales novedades”, *Migraciones*, 7, junio: 7-56.
- DE LUCAS, J. (2005), “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, en DEL ÁGUILA, R. (coord.), *Inmigración. Un desafío para España*. Madrid: Pablo Iglesias, 119-176.
- (2003), “Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37: 81-103.
- ESPUGLES MOTA, C., y DE LORENZO SEGRELLES, M. (2001), *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (1987), *Derecho español de la nacionalidad*. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA COSO, E. (2001), “Comentario artículo 3”, en CAMPO CABAL, J. M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Madrid: Civitas.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M. (2004), *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Madrid: Universitas Internacional.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (1995), “Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería” y “Derechos y libertades de los extranjeros en España”, en ADROHER BIOSCA, S. y CHARRO BAENA, P. (coord.), *La inmigración. Derecho español e internacional*. Barcelona: Bosch, 17-58 y 191-254.
- LÓPEZ SALA, A. M. (2002), “Los retos políticos de la inmigración”, *Isegoría*, 26, junio: 85-105.
- PÉREZ VERA, E., y ABARCA JUNCO, P. (actualización) (1997), “Artículo 13 Extranjería”, en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, t. II. Madrid: Edersa, 185-209.
- RUIZ DE HUIDOBRO, J. M. (1998), “Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración”, *Migraciones*, 4: 275-297.
- (2000), “La Ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico”, en *Migraciones*, 7: 57-88.
- (2001), “El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio”, en *Migraciones*, 9: 69-103.
- (2005), “Una interpretación sobre la regulación legal de la inmigración en España”, *Razón y fe*, febrero: 157-163.

- SAGARRA TRÍAS, E. (2002), *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (2000), *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*. Valladolid: Lex Nova.
- ZAPATA-BARRERO, R. (2001), *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: Anthropos.
- (2004), *Multiculturalidad e Inmigración*. Madrid: Síntesis.