

NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA ANTE LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

BENITO ALÁEZ CORRAL

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE LA INMIGRACIÓN: NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA.—2. PROBLEMAS CONCEPTUALES EN LA DIFERENCIACIÓN JURÍDICO-FUNCIONAL ENTRE NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA: a) *¿Son necesarios los conceptos de nacionalidad y ciudadanía?*. b) *Nacionalidad y ciudadanía: entre la identidad y la diferencia*. c) *La «nacionalización» de la ciudadanía*. d) *La construcción democrática de la ciudadanía*.—3. NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y SOBERANÍA DEMOCRÁTICA: a) *El sentido democrático de la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo*. b) *Consecuencias jurídicas para la nacionalidad de la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo*. c) *Ciudadanía y soberanía democrática*.

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE LA INMIGRACIÓN: NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA

El aumento que ha experimentado en los últimos años la población residente en España de casi tres millones de personas ha puesto sobre la mesa la respuesta que ha de dar el Estado constitucional democrático a los fenómenos migratorios, y en particular a la inmigración. En este sentido, el problema de la adquisición de la nacionalidad y de los derechos de ciudadanía dentro de un Estado en el que la soberanía se atribuye a la colectividad democrática aparece, como un elemento más del análisis, dentro del estudio del fenómeno de la extranjería. En efecto, los movimientos migratorios poseen una gran incidencia en los institutos estatales de la nacionalidad y la ciuda-

danía y, por ende, en la soberanía de un Estado democrático (1). Ello es debido a que la globalización económica y social, creciente en nuestro planeta, no se ha traducido paralelamente en una globalización jurídica que nos permita afirmar la existencia de un solo Estado-ordenamiento y prescindir del concepto de Estado nacional, por lo que, aunque sea necesario redefinirlos a la luz una estructura estatal en transformación, siguen teniendo plena vigencia los mencionados institutos de la nacionalidad y la ciudadanía.

En la medida en que, como se verá, la adquisición derivativa de la nacionalidad (también llamada naturalización) presupone la extranjería o apatridia de quien la pretende, el concepto de inmigración o, más concretamente de extranjero inmigrante, se ha de entender a estos efectos en un restringido sentido referido sólo a aquellos extranjeros residentes en nuestro país, dado que el requisito de la residencia durante un período de tiempo bastante largo es en la mayor parte de los casos condición necesaria para la adquisición y pleno disfrute de los derechos de ciudadanía (2).

Uno de los elementos que sin duda más ha contribuido a perfilar una nueva estructura del Estado nacional, y que más deja ver su incidencia en la relación existente entre inmigración, nacionalidad y ciudadanía, es el principio democrático. Que el origen histórico del nacimiento de la nacionalidad fuera la creación de un vínculo federal, el reflejo de la lealtad y sujeción al monarca o un presunto pacto social entre individuos iguales, puede tener trascendencia a la hora de explicar las diferencias en el tratamiento histórico-normativo de la nacionalidad, su relación con la ciudadanía, el predominio de unos u otros criterios de adquisición de la primera, etc., tal y como ha puesto de relieve la historiografía jurídica más relevante en los distintos países (3). Pero desde el momento en el que las Constituciones contemporáneas, y la española de 1978 no es una excepción, se han convertido en las normas jurídicas supremas y, para preservar esta posición, han democratizado plenamente el ejercicio del po-

(1) Cfr. JOHANNES MASSING: *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, Mohr Siebeck, 2001, págs. 20 y ss.

(2) Como señala THOMAS HAMAR: *Democracy and the Nation State*, Avebury, Aldershot, 1991, págs. 12 y ss., el problema de naturalización o de extensión de los derechos políticos, núcleo de la ciudadanía, a los extranjeros sólo se plantea en términos prácticos en relación con los «*denizens*» (en la terminología de John Locke), esto es, con los extranjeros residentes permanentemente en otro Estado.

(3) Cfr. ROGERS BRUBAKER: *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1992; DIETER GOSEWINKEL: *Einbürgern und Ausschliessen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2001; ANDREAS FAHRMEIR: *Citizens and Aliens. Foreigners and the law in Britain and the German States 1789-1870*, Berghahn Books, New York/Oxford, 2000.

der (4), pasa a ser del principio estructural del Estado democrático de donde se ha de derivar el estatuto fundamental del individuo, incluida la adquisición de la nacionalidad y su estatus como ciudadano, y no de ninguna otra circunstancia o estatus previo (5). Ello se encuentra en plena consonancia con la culminación del proceso de diferenciación funcional del sistema jurídico que representa la Constitución del Estado, la cual, a pesar de incluir todavía las tradicionales formulaciones soberanistas revolucionarias, ha renunciado, a través de su autorreferencialidad y positividad democráticas, a encontrar justificaciones metapositivas a su validez (6).

En este sentido, la exigencia definitoria del principio democrático de que los sometidos al poder del Estado, por tanto a su ordenamiento jurídico, puedan participar de forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos (7), sienta un condicionamiento estructural, aplicable desde un principio también al legislador de la nacionalidad, que va a cambiar por completo buena parte de los rasgos tradicionales de este instituto que lo equiparaban al de la ciudadanía. Ello ha de tener con toda certeza una poderosa influencia en la situación de aquellas personas extranjeras, residentes en España como consecuencia de fenómenos migratorios, que desean bien adquirir la nacionalidad española o bien, sin dicha adquisición, participar plenamente como ciudadanos en la vida política y jurídica de nuestro país ejer-

(4) Sobre el principio democrático como aquella forma de organización de la creación normativa que mejor impele las condiciones funcionales de existencia del sistema jurídico —su autorreferencialidad y su positividad—, cfr. FRANCISCO BASTIDA FREIJEDO: «La soberanía borbosa: la democracia», *Fundamentos*, núm. 1, 1998, págs. 389 y ss.

(5) En este sentido, cfr. BRUN-OTTO BRYDE: *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, Staatswissenschaft und Staatpraxis, 1995, págs. 307 y ss.

(6) Sobre ello, cfr. BENITO ALÁEZ CORRAL: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 139 y ss.

(7) BRUN-OTTO BRYDE: *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, Juristen Zeitung, 1989, Bd. 44, págs. 257-258. Esto debe ser así, por lo menos para que la legitimación democrática no sea sólo de origen sino también de ejercicio; sobre la vinculación del principio democrático con una y otra legitimación, véase por todos E. W. BÖCKENFÖRDE: «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, C.F. Müller, Heidelberg, 1987, pág. 893, Rdn. 9. En las palabras del genial jurista italiano CARLO ESPOSITO: «Commento all'art. 1 della Costituzione italiana», en *Raccolta di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1958, pág. 10, «el contenido de la democracia no radica en que el pueblo sea la fuente histórica o ideal del poder, sino en que tenga el poder. Y no sólo en que tenga el poder constituyente, sino también en que a él correspondan los poderes constituidos; no en que tenga la nuda soberanía (que prácticamente no es nada), sino el ejercicio de la soberanía (que prácticamente lo es todo)».

ciendo en derecho de sufragio en las elecciones a Cortes Generales y a los parlamentos autonómicos.

Lo cierto es que la pertenencia del individuo a la comunidad humana estatalmente organizada, así como la posibilidad de su participación en la comunidad política han venido definiendo, habitualmente de forma indiferenciada, con los términos, existentes en todas, o en casi todas, las lenguas europeas, de ciudadanía y nacionalidad; por mencionar sólo algunas de las antítesis terminológicas baste hacer referencia a las expresiones (además de la ya mencionada española) inglesa (*nationality/citizenship*), francesa (*nationalité/citoyenne*), italiana (*nazionalità/cittadinanza*), o alemana (*Staatsangehörigkeit/Staatsbürgerschaft*) (8). De ahí que para proceder a un correcto análisis de una y otra categoría a la luz de la soberanía democrática sea preciso determinar previamente la razón de ser, tanto histórica (9) como

(8) Mientras que en algunos ordenamientos como el alemán y el español es común manejar el término nacionalidad (*Staatsangehörigkeit*) y que el de ciudadanía (*Staatsbürgerschaft*) no aparezca, en otros por el contrario, como el francés o el norteamericano, la tendencia es justamente la opuesta a precluir el término *nationality* y a que el término *citizenship* absorba el significado de ambas categorías. Por lo que se refiere al ordenamiento español, el término nacionalidad aparece en el artículo 11 CE que remite al legislador el establecimiento de las condiciones para su adquisición y pérdida, prohibiéndole, además, expresamente que esta última tenga lugar respecto de los españoles de origen. Y vuelve a aparecer en numerosas ocasiones a lo largo del texto constitucional de forma indirecta cada vez que se hace referencia a la cualidad de ser nacional, esto es, a los españoles (arts. 13.2, 14, 19, 29, 30, 35...) y, por oposición, a quienes carecen de esa cualidad, los extranjeros y los apátridas (art. 13.1 y 4), así como confundida con el término ciudadanía (arts. 13.4 y 30.4). Mientras, el término de ciudadanía no aparece directamente ni siquiera para una remisión a la tarea del legislador en su desarrollo o concreción, pero sí de forma indirecta en la medida en que halla su contenido en buena parte de los derechos y libertades de la persona, especialmente los de participación, que reconoce nuestro texto constitucional en el Capítulo II del Título I, y cuando se hace referencia a la cualidad que otorga, esto es, la de «ciudadano» (art. 23, Sección 2.^a del Capítulo 2.^o del Título I), con un sentido en ocasiones claramente diferente del de nacional (v. gr. compárense la mención del art. 30.1 y del art. 35.1 a «los españoles» con la mención del art. 30.4 «los ciudadanos» o del art. 31 «todos», todas ellas dentro de la rúbrica de la Sección 2.^a, Cap. II, Tit. I).

(9) Sobre la evolución histórica de la nacionalidad y la ciudadanía, confundidas en una misma categoría, véase con carácter general, PETER RIESENBERGER: *A history of citizenship: Sparta to Washington*, Krieger Publishing Company, Malabar, 2002; GIOVANNI CORDINI: *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Cedam, Padova, 1998; DOUGLAS B. KLUSMEYER: *Between consent and descent: conceptions of democratic citizenship*, Carnegie Endowment for international peace, Washington D.C., 1996; RICARD ZAPATA BARRERO: *Ciudadanía y democracia: una revisión del liberalismo democrático desde el pluralismo, la autonomía y la tolerancia*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997. Un muy interesante estudio histórico del diferente sentido de ambas categorías en Alemania, Francia, EE.UU. y el Reino Unido es el realizado por DIETER GOSEWINKEL: «Untertanschaft, Staatsbürgerschaft, Nationalität», *Berliner Journal für Soziologie*, Bd. 4, 1998, págs. 507 y ss.

dogmático normativa (10), de uno y otro término, el distinto significado que, en su caso, posean, y la relación que hayan de tener entre sí.

A continuación se pretende abordar esta cuestión desde la perspectiva de las condiciones constitucional-democráticas bajo las cuales el legislador puede definir la adquisición de la nacionalidad, el ejercicio de los derechos de ciudadanía, en especial de sufragio en el parlamento nacional y en los parlamentos autonómicos, y la relación que exista entre ambas. Para ello esta exposición se dividirá en dos partes: una primera, de carácter teórico conceptual, en la que se analizarán las cuestiones terminológicas y conceptuales que rodean a los términos de nacionalidad y ciudadanía; y una segunda, en la que se analizará el papel que una y otra deben jugar en el interior de un ordenamiento democrático, en particular respecto de la soberanía. Se deja a un lado un aspecto previo de carácter político, que merecería un estudio más filosófico jurídico que jurídico-constitucional, cual es el relativo a las condiciones bajo las cuales los Estados pueden reglar la entrada y salida en su territorio de quienes no son nacionales, pues del mismo dependen sin duda las condiciones previas para poder definir el papel que la ciudadanía y la nacionalidad deben ocupar en un ordenamiento democrático (11).

2. PROBLEMAS CONCEPTUALES EN LA DIFERENCIACIÓN JURÍDICO-FUNCIONAL ENTRE NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

a) ¿Son necesarios los conceptos de nacionalidad y ciudadanía?

Antes de aproximarnos conceptualmente a los institutos de la nacionalidad y la ciudadanía es necesario, con carácter previo, fundamentar teóricamente su necesidad jurídica. Hans Kelsen (12), desde el prisma de una concepción espacio-temporal unitaria del derecho, llegó a la conclusión de que

(10) Sobre la distinta función sociológico-jurídica de uno y otro concepto, cfr. MATTHIAS BÖS: «The legal construction of membership: nationality law in Germany and the United States», *Working Papers Series. Center for European Studies*, Vol. 5, 2000.

(11) Cfr. GÜNTHER RIEGER: *Einwanderung und Gerechtigkeit: Mitgliedschaftspolitik auf dem Prüfstand amerikanischer Gerechtigkeitstheorie der Gegenwart*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 1998, págs. 25 y ss.; INES SABINE ROELLECKE: *Gerechte Einwanderungsrecht und Staatsangehörigkeitskriterien*, Nomos, Baden-Baden, 1999, págs. 125 y ss.; JOSEPH H. UND CARENS: «Aliens and Citizens: the case for the open borders», *Review of politics*, vol. 49, 1989, págs. 251 y ss.

(12) HANS KELSEN: *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Bad-Homburg v.d. Höhe, 1966 (Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der ersten Auflage 1925), págs. 159-160.

todo ordenamiento jurídico se construye a partir de sujetos (los súbditos y los sometidos circunstancialmente) y, en pura teoría, no necesitaría, pues, nacionales o ciudadanos. Desde esta perspectiva, la nacionalidad y la ciudadanía serían institutos jurídicos meramente contingentes, y su presencia en el ordenamiento jurídico dependería exclusivamente de la voluntad del legislador.

Con todo, la insuperable dificultad, aun hoy existente, de fundar la unidad del ordenamiento en la supremacía del derecho internacional, y la correlativa necesidad de que dicha unidad, de existir, tenga que sustentarse en los ordenamientos estatales, circunscritos a una determinada comunidad humana, conduce a que el instituto de la nacionalidad se haga necesario desde la perspectiva de la coexistencia de los diversos ordenamientos estatales (13). Parece difícil imaginar, por razones meramente fácticas, que un ordenamiento jurídico tenga la pretensión de ser aplicable a todo sujeto y en todo lugar, dada su incapacidad para ser eficaz en todo el planeta. Lo habitual es que el ordenamiento cree un círculo subjetivo especial (aunque no exclusivo) en el que concentrar la eficacia de sus normas que coincida con la población que más contacto posee con un territorio sobre el que ejerce eficazmente el poder público (siguiendo la teoría de los tres elementos del Estado de Georg Jellinek) (14). Precisamente a ese vínculo que define cuál es el pueblo de un Estado, sobre el que se aplica la protección diplomática en el derecho internacional público, y que determina la ley personal en el derecho internacional privado, es a lo que se denomina nacionalidad, y hace que esta institución jurídica sea por el momento necesaria desde el mero punto de vista de la funcionalidad del sistema jurídico (15).

Por otro lado, además, la capacidad de participación del individuo como miembro de pleno derecho de la comunidad estatal a la que está sometido, esto es, la ciudadanía (16), ha ido creciendo históricamente en autonomía

(13) Sobre el problema de la relación entre el ordenamiento internacional y el estatal cfr. BENITO ALÁEZ CORRAL: «Soberanía constitucional e integración europea», *Fundamentos*, núm. 1, 1998, págs. 519 y ss.

(14) Sobre la territorialidad del poder político y la trascendencia de ello para la nacionalidad y la ciudadanía, cfr. RAINER BAUBÖCK: *Transnational citizenship*, Edward Elgar, Aldershot, 1994, págs. 16 y ss.

(15) Para ROGERS BRUBAKER: *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, *op. cit.*, págs. 21-23, la nacionalidad (que él denomina ciudadanía formal) opera como instrumento de exclusión o de cierre de cada sistema político estatal respecto de los demás.

(16) Aunque no se trate de una definición jurídica sino eminentemente sociopolítica, expuesta con claridad manifiesta por THOMAS H. MARSHALL: *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago, 1992, pág. 8, la misma coincide con los diversos mecanismos de inclusión política, social y económica con los que las Constituciones democráticas moder-

respecto de la nacionalidad, junto con la que representa el punto de encuentro entre el ejercicio del poder por el individuo y la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo (17), a medida que se ha ido liberalizando y democratizando la estructura del ordenamiento jurídico. Desde el momento en el que, desde la perspectiva de la legitimidad democrática de ejercicio, se hace necesario que los súbditos se conviertan en la mayor medida posible en «soberanos» (18), la ciudadanía pasa a ser el instituto jurídico imprescindible que recoge las condiciones subjetivas necesarias para esa conversión, así como el haz de derechos en los que se ha de plasmar la participación en el ejercicio del poder de una comunidad, consustancial a la soberanía democrática.

De todo ello se deduce que, se les atribuya uno u otro significado, la nacionalidad y la ciudadanía (19) son hoy por hoy —mientras no exista un único ordenamiento global en todo nuestro planeta, en cuya cúspide se encuentre el derecho internacional— instituciones jurídicamente necesarias, a las que procede dar un sentido adecuado a la estructura constitucional democrática de nuestro Estado. Además, como se verá seguidamente, se trata de dos categorías cuyo mantenimiento pasa por adecuar su originaria vinculación revolucionaria como categorías del Estado moderno y su diferente especialización funcional en el seno del sistema jurídico a las estructuras básicas de este último como subsistema socialmente diferenciado, de entre las que se destacará aquí la derivada del principio democrático.

b) *Nacionalidad y ciudadanía: entre la identidad y la diferencia*

A pesar de que nacionalidad y ciudadanía puedan desempeñar una diferente función en el ordenamiento moderno (20), su ya tradicional y perma-

nas rodean la posición del individuo, haciéndole, con ello, ciudadano. Sobre el carácter inclusivo de la ciudadanía (de la atribución de su contenido material), cfr., igualmente ROGERS BRUBAKER: *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, op. cit., págs. 21-23.

(17) Cfr. FRANCIS EMERICH: *Ethnos und Demos*, Berlín, 1965, págs. 88 y ss. En contra de atribuir al principio democrático un carácter inclusivo, cfr. RAINER BAUBÖCK: *Transnational citizenship*, op. cit., 1994, págs. 197 y ss.

(18) Cfr. FRANCISCO BASTIDA FREJEDO: *La soberanía borrosa: la democracia*, op. cit., págs. 389 y ss.

(19) En el ámbito europeo la nacionalidad posee hoy en día una definición legal expresa vinculante, que le viene dada por el artículo 2 del *Convenio Europeo sobre Nacionalidad*, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997, mientras que la ciudadanía carece de una definición equivalente.

(20) La primera una función excluyente, en tanto expresión de la diferenciación seg-

nente vinculación (21) (y en ocasiones confusión) se encuentra parcialmente ligada al fenómeno histórico-político de la atribución de la soberanía a un sujeto nacional, obra de la teoría política de la revolución francesa, y a la distinción entre ciudadanos activos y pasivos (22). Ciertamente, en los Estados como Alemania, donde la formación del Estado nacional fue más tardía que en Francia o España y donde, sobre todo, tuvo un origen federal (23), la

mentaria en Estados territoriales, y la segunda una función incluyente, como mecanismo de realización de la diferenciación funcional que experimenta la sociedad en cada uno de los Estados, integrando a los individuos en los distintos subsistemas sociales (económico, político, cultural, etc...); cfr. KLAUS HOLZ: «Citizenship: Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder differenztheoretisches Konzept?», en KLAUS HOLZ (Hrsg.): *Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000, págs. 195-196. Una muy clara exposición de su diferente significado jurídico y de la vinculación existente entre ambos conceptos la da STEFAN KADELBACH: «Staatsbürgerschaft - Unionsbürgerschaft - Weltbürgerschaft», in JOSEF DREXL (Hrsg.): *Europäischen Demokratie, Nomos*, Baden-Baden, 1999, págs. 91 y ss.

(21) Una vinculación que para ROLF GRAWERT: «Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft», *Der Staat*, núm. 23, 1984, págs. 182 y ss. se debe a la «función de llave» que posee la nacionalidad respecto de la ciudadanía.

(22) En este mismo sentido, cfr. DEREK HEATER: *What is citizenship?*, Polity Press, Cambridge, 2002, págs. 95 y ss. Véanse los artículos 2 y 3 del Título II y artículo 2 de la Sección 2.^a, Capítulo I, del Título III de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, aunque en este caso utilizase la denominación de (simples) ciudadanos y ciudadanos activos. Textos constitucionales posteriores (como la Constitución francesa del año III —de 22 de agosto de 1795— o la Constitución francesa del año VIII —de 13 de diciembre de 1799—) utilizan únicamente el término ciudadano para referirse a los ciudadanos activos, obviando toda referencia a los ciudadanos pasivos, que pasan a estar regulados a partir de 1804 como nacionales en el Código Civil napoleónico (arts. 9 y ss.). Esta territorialización y nacionalización de la ciudadanía pasiva es consecuencia también de que desde principios del siglo XIX se distinga entre atribución (originaria y por imperativo constitucional o legal) y adquisición (derivativa) de la ciudadanía (pasiva) francesa, aplicables respectivamente a los franceses por nacimiento y a los extranjeros naturalizados; cfr. DANIELLE LOCHAK: «La citoyenneté: un concept juridique flou», en COLAS, EMERI y ZYLBERBERG (dir.): *Citoyenneté et Nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Presses Universitaires de France, París, 1991, pág. 182.

(23) El único texto constitucional decimonónico de la Alemania unificada que se inserta en la tradición revolucionaria francesa es la Constitución del *Reich* alemán de 1849. En efecto, la centralización del poder conseguida en los diferentes Estados alemanes durante los siglos XVIII y XIX culminará con la creación de un Estado nacional, el *Deutsches Reich* en 1871, bajo un vínculo federal entre los príncipes alemanes de aquellos reinos preexistentes que dotará de unidad al ordenamiento jurídico, de un buen grado de centralización al poder político y, sobre todo, recreará a través del vínculo jurídico de la nacionalidad federal (*Bundesangehörigkeit* o *Staatsangehörigkeit*) un concepto étnico-cultural de nación (véase la Ley de 1 de junio de 1870 sobre nacionalidad federal y nacionalidad estatal). Se trata de figuras que parten de la pertenencia a un colectivo de súbditos del monarca acreedores de unos derechos civiles otorgados por aquél, y venían definidas por los conceptos de *Indigenat* (indignado)

conexión entre el mero vínculo formal y abstracto de la pertenencia al pueblo del Estado (mucho mejor definido con el término alemán *Staatsangehörigkeit*), y el contenido material en derechos y obligaciones que corresponden al miembro de la comunidad política (*Staatsbürgerschaft/citizenship*), se produce de forma menos intensa y mucho más lenta históricamente, pero en último extremo una y otra categoría terminan estando vinculadas (24). Desde la perspectiva revolucionaria, se trataba de construir, en torno a la mayor o menor participación del individuo en la titularidad y ejercicio del poder, un vínculo entre aquél y el ordenamiento jurídico que rindiese tributo al dogma de la soberanía nacional o popular. Ello exigía distinguir entre una ciudadanía relativa (pasiva), atributiva únicamente de derechos civiles y de libertad de todos aquellos integrantes de la nación o el pueblo del Estado, y una ciudadanía absoluta (activa), ligada a la atribución de derechos políticos que correspondía a un círculo de sujetos más reducido de ciudadanos (25), pero que cada vez se ha ido ampliando más como consecuencia del axioma igualitario democrático. La primera devino en lo que hoy modernamente conocemos como nacionalidad, mientras que la segunda se corresponde con el núcleo esencial de la moderna ciudadanía.

Como han revelado estudios más recientes, aun sin estar clara desde un punto de vista terminológico la distinción entre la nacionalidad y la ciudada-

contemplado en las Constituciones otorgadas en Baviera (1818) y Baden (1818), *Staatsbürger* (ciudadano del Estado) de la Constitución otorgada de Württemberg (1819), *Eigenschaft eines Preussen* (condición de prusiano) de la Constitución otorgada de Prusia (1848). Todos ellos tenían su correlativo desde el punto de vista de la ciudadanía en los *Staatsbürgerrechte* (derechos de ciudadanía), derechos de participación política para cuyo disfrute era condición indispensable la pertenencia al *Indigenat*, la condición de prusiano o la pertenencia al pueblo alemán. La nueva Constitución de 1871 creó un *Indigenat* común (art. 2) que, al modo y manera de una nacionalidad federal, permitió la unión de las nacionalidades de los distintos Estados miembros, atribuyendo un núcleo mínimo de iguales derechos y deberes a los habitantes del nuevo *Reich* alemán, con independencia de su Estado de origen. Semejante nacionalidad federal común de carácter pasivo se veía completada con una ciudadanía política-activa (*Staatsbürgerrechte*) de la que eran acreedores los nacionales que, además, reuniesen ciertos requisitos capacitarios. Sobre ello, en detalle, véase ROLF GRAWERT: *Staat und Staatsangehörigkeit*, *op. cit.*, págs. 193 y ss.

(24) Sobre esta diferente evolución del contenido de la ciudadanía desde una perspectiva histórica comparada, cfr. DIETER GOSEWINKEL: «Untertanschaft, Staatsbürgerschaft, Nationalität», *Berliner Journal für Soziologie*, núm. 4, 1998, págs. 507 y ss.

(25) Cfr. la interpretación que da WILLIAM H. JR. SEWELL: «Le citoyen/La citoyenne: Activity, passivity, and the revolutionary concept of citizenship», en LUCAS COLIN (Hrsg.): *The French Revolution and the creation of the modern political culture*, vol. 2 (*The political culture of the French Revolution*), Pergamon Press, Oxford, 1988, págs. 106 y ss., de los textos de Rousseau y Sieyès.

nía que realizaban los primeros textos constitucionales revolucionarios (26), lo cierto es que la inicial configuración normativa de la soberanía nacional en ningún caso significó que la capacidad para ejercer aquella ciudadanía absoluta estuviese circunscrita única y exclusivamente a los miembros de una determinada comunidad étnico-cultural, sino que también los extranjeros residentes podían llegar a convertirse en ciudadanos en este último sentido sin pertenecer a dicha comunidad étnico-cultural, integrándose sólo en la comunidad política (27). Es más, la vinculación, de existir, se daba en el sentido opuesto de definir la nacionalidad a partir de la ciudadanía, esto es, la pertenencia a la comunidad nacional a partir de la vinculación de los sujetos al ordenamiento jurídico de esa comunidad y a su actual o potencial capacidad para participar en su creación (28).

Sea como fuere, esta teórica desvinculación de la nacionalidad y la ciudadanía, cuyo sustrato subjetivo no tenía porque ser totalmente coincidente, se vio pronto superada en la práctica, como pone fácilmente de relieve la evolución que sufrieron los textos constitucionales franceses, alemanes o españoles durante todo el siglo XIX, y aquella ciudadanía tanto relativa como

(26) Como demuestra MICHEL RAPPORT: *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, Clarendon Press, Oxford, 2000, los revolucionarios franceses no mencionaban el término nacionalidad sino sólo el de ciudadanía.

(27) MICHEL RAPPORT: *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, *op. cit.*, págs. 332 y ss., para quien durante la revolución francesa era posible distinguir entre nacionalidad y ciudadanía como dos nociones distintas: la primera haría referencia a la pertenencia a una comunidad identificada a sí misma como un grupo político, étnico o cultural que pretende dominar sus asuntos internos y externos; mientras que la segunda lo haría a la pertenencia a un Estado como organización política, que permite al individuo poseer ciertos derechos sociales o políticos. Donde el colectivo nacional se define en términos étnico-culturales, la pertenencia a la ciudadanía depende del nacimiento en ese grupo, étnico o cultural, mientras que donde la nación se define políticamente, vía escogida por los revolucionarios franceses, la pertenencia como ciudadano es una cuestión de decisión individual y la adquisición de los derechos de ciudadanía, permitiría al ciudadano convertirse en nacional. Una interpretación contraria es la de JOSEF ISENSEE: «Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung», en DIETER SCHWABE (Hrs.): *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker & Humblot, Berlín, 1989, pág. 713.

(28) Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la *Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791* se incluían entre los ciudadanos pasivos (nacionales) franceses a los nacidos en Francia de padre extranjero que tuviese su residencia en Francia, y, al mismo tiempo se excluían los nacidos de padres franceses en el extranjero si no fijaban su residencia en Francia y no prestaban juramento de ciudadanía (salvo que hubiesen sido expulsados de Francia por motivos religiosos). Mientras que, por su parte, el artículo 4 de la *Constitución francesa de 24 de junio de 1793* atribuía el ejercicio de los derechos de ciudadanía activa tanto a los franceses de nacimiento como a los extranjeros *residentes y mínimamente vinculados* con el ordenamiento francés.

absoluta, que inicialmente podía recaer tanto nacionales como extranjeros, pasó rápidamente a estar vinculada a una nacionalidad construida a partir de la pertenencia del sujeto a una determinada comunidad humana (29), en la que están presentes, en grado diverso según el país de que se trate y los criterios por lo que se ha optado para la adquisición de la nacionalidad, determinados signos comunes de identidad étnica y cultural (30).

De lo expuesto hasta el momento parece posible afirmar ya que la nacionalidad hace referencia al vínculo jurídico de pertenencia de los individuos a una concreta colectividad humana o nación. Mientras, el moderno concepto de ciudadanía habría nacido de la mano del de nacionalidad como el concreto contenido jurídico-participativo que se anuda a la pertenencia del individuo a la comunidad (31), y tiende, en la actual era posnacional, a desvincular su base teórica de la de la nacionalidad y a crear diferentes niveles de pertenencia a la comunidad (política, social, económica, cultural, etc.) (32) ligados a la titularidad de diferentes grupos de derechos fundamentales. Como se verá posteriormente, esta desvinculación es posible en cierta medida en relación con parte del contenido de la ciudadanía, pero resulta imposible convertirla en completa mientras siga existiendo una diferenciación segmentaria del mundo en Estados, puesto que la misma conduce a preservar el núcleo de dicha ciudadanía (la participación política al más alto nivel) en manos de un sujeto colectivo definido conforme al abstracto criterio de la nacionalidad.

(29) Con todo, aún existen algunos ordenamientos como el de los EE.UU. en el que ambos conceptos permanecen parcialmente desvinculados, y en el que, conforme al artículo 308 de la Immigration and Nationality Act de 1940 (aún vigente con diversas modificaciones) se habla de «*nationals not citizens of the United States*».

(30) Una buena comparación de ese diverso grado de etnificación y culturización del colectivo nacional al que referir la ciudadanía es la que refleja ROGERS BRUBAKER: *Citizenship and Nationhood in Germany and France*, op. cit., págs. 35 y ss. y 114 y ss., respecto de Francia y Alemania, aunque no se puedan compartir todas las conclusiones y previsiones a las que llega.

(31) En este mismo sentido, con algunas referencias históricas, cfr. FRANÇOIS BORELLA: «Nationalite et citoyennete», en COLAS, EMERI y ZYLBERBERG (dir.): *Citoyennete et Nationalite. Perspectives en France et au Québec*, Presses Universitaires de France, París, 1991, págs. 209 y ss.

(32) Cfr. YASEMIN NUHOGLU SOYSAL: *Limits of citizenship. Migrants and postnational membership in Europe*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, págs. 136 y ss.

c) *La «nacionalización» de la ciudadanía*

Precisamente como consecuencia de esa última vinculación, y de las dificultades para prescindir de ella con un equivalente funcional adecuado, es por lo que hace falta analizar los criterios conforme a los cuales el ordenamiento puede construir el sujeto colectivo (el pueblo o la nación) a través del vínculo jurídico formal de la nacionalidad, del que depende el núcleo político-participativo de la ciudadanía, y enjuiciar su razonabilidad democrática. El concepto de nación se ha venido entendiendo en la teoría política tanto en un sentido subjetivo como en un sentido objetivo (33). En un sentido subjetivo (predominantemente francés), la nación vendría definida por la voluntad de los individuos de pertenecer a una determinada comunidad humana jurídicamente organizada, siguiendo los presupuestos de las teorías pactistas revolucionarias (34). En un sentido objetivo (de tradición fundamentalmente alemana), por el contrario, la nación se define por la común posesión de unos mismos rastros de identidad étnica o cultural de carácter totalmente objetivo, al margen, pues, de la voluntad de los sujetos integrantes de dicha colectividad (35). Los grandes criterios de atribución (*ius soli* y *ius sanguinis*) y adquisición (*ius domicilii*) de la nacionalidad (36), combinados entre sí, y con otros de menor certeza jurídica (como el conocimiento de la lengua y la cultura, la lealtad política, etc.) (37), han contribuido históricamente a caracterizar en mayor o menor grado a la nación en sentido objetivo o en sentido subjetivo, sin que sea posible establecer reglas fijas que vinculen unos criterios con uno u otro tipo de nación (38).

(33) Véase la clásica distinción entre una (nación-cultural) y otra (nación-estado) forma de concebir a la nación que formulara ya FRIEDRICH MEINECKE: *Weltbürgertum und Nationalstaat*, R. Oldenburg Verlag, München, 1962, págs. 10 y ss.

(34) Cfr. el análisis que realiza RAINER BAUBÖCK: *Transnational citizenship*, *op. cit.* págs. 55 y ss. de las teorías pactistas de Hobbes, Rousseau y Locke, y de su trascendencia para una formulación voluntarista del vínculo de la ciudadanía.

(35) Es la concepción que abiertamente adopta JOSEF ISENSEE: *Abschied der Demokratie vom Demos...*, *op. cit.*, págs. 708 y ss., con lo que sujeta el concepto jurídico de nacionalidad y de ciudadanía (para él intrínsecamente ligada a la primera) a esta precomprensión étnico-cultural de la nación alemana. En un sentido semejante ALBERT BLECKMANN: «Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz —Zum Kommunalwahlrecht der Ausländer—», *Die öffentliche Verwaltung*, Bd. 41, 1988, págs. 440-441.

(36) Sobre los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad en general en nuestro país, cfr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS: *Derecho de la Nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 133 y ss. y 135 y ss.

(37) Un exhaustivo análisis del manejo de los diferentes criterios de «naturalización» o pertenencia *a posteriori* a una comunidad ya formada mediante la obtención de la nacionalidad, puede verse en RAINER BAUBÖCK: *Transnational citizenship*, *op. cit.*, págs. 71 y ss.

(38) En particular, como demuestra MATTHIAS BÖS: *The legal construction of members-*

En uno y en otro caso, la nacionalidad no pierde su sentido jurídico de vínculo que expresa la pertenencia del individuo a una comunidad humana, y del que se puede derivar no sólo un más intenso (en el espacio y en el tiempo) grado de sujeción al ordenamiento jurídico de esa comunidad de la que forma parte, sino también —y en ello reside la vinculación con la ciudadanía— una mayor capacidad para la participación en los asuntos públicos de aquélla. Sin embargo, las diferencias a que conduce optar por uno u otro criterio de construcción de la nación se dejan ver de forma muy nítida en la propia vinculación de la nacionalidad y la ciudadanía. Mientras que una concepción objetivista de la nación ha de conducir a subordinar la ciudadanía a la nacionalidad, esto es, la mayor o menor participación del individuo en la comunidad política a su pertenencia a un grupo humano étnico-culturalmente mayoritario, una concepción subjetivista de aquélla lleva, por el contrario, a que nacionalidad y ciudadanía se desvinculen, o a que, de persistir cierta vinculación, la misma discorra bajo los parámetros democráticos que han impregnado la ciudadanía y que deben regir también en la construcción de la nacionalidad.

Lo cierto, no obstante, es que, como consecuencia de una generalizada etnificación del derecho de la nacionalidad —manifestada en exigencias como el dominio de una lengua, el conocimiento de una historia común o la lealtad a un sistema político— ha terminado imponiéndose, con mayor o menor extensión, un concepto objetivo de nación, incluso en los Estados cuya inicial configuración histórica era subjetivista (como Francia o los EE.UU.) (39). Por lo que, con ello, la ciudadanía se vincula a una nacionalidad que se construye a partir de la presuposición de unos elementos étnico-culturales comunes a los integrantes de una comunidad, que bien se presuponen (nacionalidad originaria) (40), o bien se requieren mínimamente (nacionalidad derivativa) a quienes pretendan integrarse en ese colectivo nacional (41).

hip: nationality Law in Germany and the United States, op. cit., págs. 24, *ius sanguinis* y *ius soli* son mecanismos funcionalmente equivalentes para la homogénea socialización cultural del individuo en el seno de una comunidad políticamente organizada.

(39) MATTHIAS BÖS: *The legal construction of membership: nationality Law in Germany and the United States, op. cit.*, págs. 25 y ss.

(40) Un ejemplo paradigmático de ello es, a nuestro entender, el razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional en la *STC13/2001, de 29 de enero, FJ 9* (caso Williams Lecraft), en la que, apartándose de buena parte de su jurisprudencia anterior sobre la prohibición de discriminación por razón de raza y el principio de igualdad, afirma que una persona de raza negra presenta una mayor probabilidad de no ser española que otra de raza caucásica, cuya nacionalidad española se presumiría en atención a la etnia a la que pertenece.

(41) Sobre la absorción de lo cultural por el moderno concepto sociológico de etnia, cfr. MAX WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Band I/1, JCB Mohr, Tübingen, 1956 (4. Auflage), págs. 236-237.

Semejante absorción de la ciudadanía por la nacionalidad, conduce a circunscribir cualquier capacidad de participación en el ejercicio de la soberanía únicamente a los individuos pertenecientes a un colectivo, la nación, definido conforme a parámetros que poco o nada tienen que ver con su mayor o menor sujeción al ordenamiento jurídico (42). Y es, precisamente, este último aspecto uno de los que presenta mayores dificultades de compatibilidad con el principio democrático, mucho más vinculado (aunque no idéntico) con el elemento subjetivo de la voluntad de los individuos de habitar en un determinado lugar y, con ello, sujetarse a las disposiciones de un ordenamiento jurídico, en cuya elaboración deben poder participar (43); e inversamente más desvinculado de una homogeneidad cultural que es contraria al pluriculturalismo que se desprende del respeto a los derechos fundamentales de la persona (44). Como se verá seguidamente, una adecuada compatibilización entre el principio democrático y la existencia de un colectivo nacional en el que se ha de desplegar el dogma de la soberanía nacional/popular, presente en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos, requiere reconstruir la nacionalidad desde una perspectiva democrática, esto es, en función de la ciudadanía y no a la inversa, lo que exige alejarse de un concepto objetivo de nación y aproximarse mucho más a un concepto subjetivo en el que el factor determinante lo constituye la sujeción igual al ordenamiento jurídico de quienes han expresado con la residencia su consentimiento al pacto social fundador. Esta recíproca «civilización de la nacionalidad» permitiría compensar, en cierta medida, la nacionalización de la ciudadanía que se deriva de la casi constante atribución constitucional de la soberanía a un colectivo humano nacional.

(42) Muy ilustrativas son las palabras de JOSEF ISENSEE: *Abschied der Demokratie vom Demos...*, *op. cit.*, pág. 711, opuestas a la «contraposición del extranjero plenamente integrado en la sociedad al nacional que vive desde hace mucho en el extranjero y se ha alejado de su patria», a la que conduciría una lógica democrática que no parte de un pueblo homogéneo soberano, como la que propone BRUN-OTTO BRYDE: *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, *op. cit.*, págs. 307 y ss.

(43) En contra de semejante concepto de «democracia por afectación» (*Betroffenheitsdemokratie*), JOSEF ISENSEE: *Abschied der Demokratie vom Demos...*, *op. cit.*, págs. 728-729 y ss., aunque sus argumentos se asienten circularmente en la preexistencia del pueblo como un concepto homogéneo y unitario prejurídico del que ha de emanar la democracia.

(44) Como pone de relieve YASEMIN NUHOGLU SOYSAL: *Limits of citizenship. Migrants and postnational membership in Europe*, *op. cit.*, págs. 142-143, a pesar de que la legitimidad de la ciudadanía se ha vuelto transnacional, su configuración legal sigue siendo nacional, como consecuencia de esa vinculación con la nacionalidad.

d) *La construcción democrática de la ciudadanía*

A diferencia de la nacionalidad, el instituto de la ciudadanía, con un cierto origen en sus primeras construcciones grecolatinas (45), se concibe como un vínculo primero espiritual y después legal de pertenencia a una determinada *cultura política*, propia de una comunidad humana (46). En efecto, la pertenencia tanto a la *polis* griega como a la *civitas* romana se caracterizaba en buena medida por la atribución al individuo de cierta capacidad de participación en la comunidad política, con independencia —por lo menos en sus primigenias formas puras— de la concreta identidad cultural de éste (47).

Ciertamente, las exigencias democráticas modernas de libertad e igualdad estaban ausentes de los criterios definitorios de los sujetos que podían adquirir el estatus de ciudadano (48), dada la preordenación natural o teológica de la sociedad en tanto que institución natural, del que quedaban excluidos amplios colectivos humanos por razón de sexo, raza o pertenencia a otra comunidad política subyugada. Sin embargo, el elemento definitorio de aquella histórica configuración del instituto de la ciudadanía, salvando las distancias que ha generado la democratización del Estado, sigue teniendo plena aplicabilidad en los procesos actuales derivados de la globalización y de los movimientos migratorios. En el período grecolatino, la ciudadanía acabó sirviendo para crear un vínculo jurídico de pertenencia a la comunidad política en beneficio de individuos que residían más allá de la *polis* o de la urbe, esto es, era el efecto jurídico de un movimiento centrífugo de exten-

(45) Sobre todo en la *polis* griega. Sobre las diferencias entre una y otra forma de ciudadanía y sobre la aplicabilidad del sentido esencial de la ciudadanía romana a la transformación de la ciudadanía en el Estado moderno, cfr. GIULIANO CRIFO: *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2000, págs. 27-28, 81-82.

(46) Un análisis detallado de los distintas fases de construcción de este concepto en la Grecia clásica y en Roma puede verse en RICARD ZAPATA BARRERO: *Ciudadanía y democracia...*, *op. cit.*, págs. 37-58 y en DOUGLAS B. KLUSMEYER: *Between consent and descent...*, *op. cit.*, págs. 9-18.

(47) Cfr. GIULIANO CRIFO: *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, *op. cit.*, págs. 67 y ss.; GIOVANNI CORDINI: *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Cedam, Padova, 1998, págs. 49 y ss. Ciertamente, una cierta vinculación cultural se lograba a partir del hecho de que la forma originaria de atribución de la ciudadanía, sobre todo en el ordenamiento romano, era el nacimiento de padres de ciudadanía romana, de manera semejante a como se adquiere la nacionalidad originaria hoy, con lo cual esa adscripción natalicia producía ya una cierta inmersión cultural hereditaria.

(48) Sobre la moderna ciudadanía (sobre todo en los EE.UU.) como un estatus y su vinculación la inclusión en la comunidad política a través de la posibilidad de ejercicio del derecho de sufragio, JUDITH N. SHKLAR: *American citizenship. The Quest for inclusion*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1991, págs. 14 y ss.

sión de las fronteras de la cultura política. Hoy en día, por el contrario, la ciudadanía así concebida puede resultar, en relación con los movimientos migratorios, en un efecto centrípeto integrador de los inmigrantes extranjeros en la cultura política de cada Estado.

En este sentido, la ciudadanía ha de ser concebida hoy en un sentido jurídico como el vínculo que permite, a través del ejercicio de los derechos fundamentales —fundamentalmente de los de carácter político-participativo—, una praxis cívica funcionalmente orientada a preservar el marco constitucional de un proceso comunicativo que la hace posible y el pluriculturalismo de los sujetos y los grupos que se hallan sujetos a ese marco (49). Si la ciudadanía es, pues, utilizando las palabras del sociólogo inglés T. H. Marshall, la expresión de la plena pertenencia del individuo a la comunidad (*full membership*) (50), no debe haber duda alguna de que su desarrollo jurídico ha de estar totalmente vinculado al principio democrático y a la maximización tanto de las facultades a cuyo través se articula esa praxis cívica, como del colectivo subjetivo que se forma a partir de la atribución del estatus de ciudadano (51). La ciudadanía no se orienta, pues, a la conservación de una identidad étnica o socio-cultural determinada, sino únicamente de una cultura política que, en un Estado constitucional democrático, es compatible con una pluralidad cultural individual y colectiva (52).

De lo anterior se deduce ya que en un Estado democrático el instituto jurídico de la ciudadanía se encuentra íntimamente relacionado con la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, lo que arroja un doble interrogante: en primer término, la posesión de qué derechos fundamentales definen el estatuto jurídico del ciudadano, y, en segundo lugar, si existe o no un

(49) Cfr. JÜRGEN HABERMAS: «Staatsbürgerschaft und nationale Identität» (1988), en *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., 1994 (4. Auflage), págs. 642-643. Crítico con esta concepción por el carácter unidireccional de la integración social (del Nuevo miembro en la sociedad de acogida, pero no a la inversa), cfr. JAVIER DE LUCAS: «Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, págs. 88 y ss., que, en la línea del multiculturalismo, reclama un marco más amplio para la integración de los extranjeros que elimine la exigencia de patriotismo constitucional de Habermas.

(50) THOMAS H. MARSHALL: *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago, 1992, pág. 8.

(51) En términos sociológicos la ciudadanía es un concepto inclusivo; cfr. RUDOLF STICHWEH: «Zur Theorie politischer Inklusion», en KLAUS HOLZ (Hrsg.): *Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000, pág. 166.

(52) JÜRGEN HABERMAS: *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, *op. cit.*, págs. 642-643.

sujeto colectivo de alguna forma caracterizado, a cuyos integrantes se hayan de reconducir los derechos fundamentales que integran la ciudadanía.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, aunque desde un punto de vista sociológico la ciudadanía se pretenda identificar con la plena pertenencia del individuo a la comunidad y ello exija, como revela el proceso histórico de transformación del Estado liberal en social y democrático de derecho, la atribución de derechos no sólo civiles y políticos sino también de derechos sociales, desde una estricta perspectiva teórico-jurídica semejante extensión indiscriminada de todos estos derechos a cualquier sujeto resulta discutible. En efecto, la progresiva humanización de los ordenamientos jurídicos estatales ha conducido a que los distintos textos constitucionales democráticos hayan extendido una buena parte de los derechos civiles y sociales a todas las personas, por el mero hecho de serlo, que tengan contacto con el ordenamiento jurídico.

Ello no ha implicado, no obstante, que a todas ellas se les atribuyan los derechos políticos de participación, vinculados a la pertenencia a una colectividad nacional o a una más intensa relación de sujeción con el ordenamiento (53). Ciertamente, la progresiva ampliación de la ciudadanía (activa) en el ámbito del colectivo de nacionales a las mujeres o a los menores (titulares y, en parte ejercientes de buena parte de los derechos de participación), sobre todo a través de la universalización del sufragio, encuentra su correlato desde la perspectiva de la dignificación de la persona en la extensión de buena parte de los derechos fundamentales a todos los individuos con independencia de su nacionalidad (54). Sin embargo, ambos fenómenos no deben confundirse hasta el punto de identificar los derechos de la persona y los derechos del ciudadano (55). Ello no es debido a una presunta fundamentación

(53) Aunque así se pida desde diversos sectores doctrinales, no sólo en relación con los extranjeros residentes legales (residentes permanentes) sino también con los ilegales; como propuestas más atrevidas en este sentido, cfr. RUTH RUBIO-MARÍN: *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 235 y ss.; JAVIER DE LUCAS: *Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia*, op. cit., págs. 93-94 y ss.; T. ALEXANDER ALEINIKOFF: «Citizens, Aliens, membership and the Constitution», *Constitutional Commentary*, 1990, Bd. 7, págs. 9 y ss.; THOMAS HAMAR: *Democracy and the nation state. Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, op. cit., págs. 198 y ss.

(54) Un excelente análisis teórico de las razones jurídico-constitucionales para la extensión del derecho de sufragio a unos y otros grupos de población se puede hallar en MIGUEL PRESNO LINERA: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 45 y ss., 62 y ss.

(55) Sobre las diferencias entre los dos niveles, con carácter general, véase MARCO CUNIBERTI: *Libertà del'uomo e liberta del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997.

democrático-voluntarista del orden político, conforme a la cual nadie puede pertenecer al pueblo soberano que se autogobierna mientras no exista un acuerdo de voluntades entre el candidato a ser incluido y el colectivo ya existente en el que pretende entrar, acuerdo que falta respecto de los extranjeros ilegales, e incluso de los legales residentes, en muchos casos tanto del lado del Estado como del lado del inmigrante (56). Tampoco es debido a una fundamentación de la democracia en el dogma de la soberanía de un pueblo prejurídico que condiciona la atribución de los derechos de ciudadanía a la pertenencia a ese pueblo del Estado (57). La razón de esta imposibilidad de identificación entre unos y otros derechos reside en la diferente sujeción que tienen los diversos individuos según la situación en la que se encuentren en el Estado y que deriva de la segmentación del mundo en Estados nacionales.

Mientras no exista un único ordenamiento global en el planeta, mientras exista la nacionalidad como vínculo jurídico que expresa la ubicación del individuo como «súbdito» en esa pluralidad de ordenamientos (58), será necesario que, junto a los derechos de la persona que por razones democráticas trascienden el colectivo humano de los nacionales, existan otros derechos que, al permitir a su titular disponer de las condiciones bajo las cuales discurre esa sujeción (fundamentalmente las constituyentes y las legislativas), hayan de estar circunscritos sólo a quienes posean una mayor vinculación con el ordenamiento estatal, es decir, a los nacionales (59). Por el contrario, tampoco toda la ciudadanía, se reduce al ejercicio de esos derechos de participación en esas instancias, puesto que existen muchos otros medios menos directos de participación e inserción en la comunidad política, en los que al disminuir la intensidad de la capacidad de configuración del sistema de quien participa, los requisitos de pertenencia pasiva (sujeción) tampoco tienen por qué ser tan intensos.

No cabe, pues, identificar los derechos fundamentales que configuran el contenido de la ciudadanía ni únicamente con el derecho de sufragio, ni

(56) SCHUCK y SCHMITH: *Citizenship without consent*, Yale University Press, New Haven, 1985, págs. 116 y ss.

(57) JOSEF ISENSEE: *Abschied der Demokratie vom Demos...*, *op. cit.*, págs. 715, 723 y ss.

(58) El «súbdito» sería, sin retomar significados históricos ya superados del término, el sujeto al ordenamiento de una forma más intensa cuantitativa y cualitativamente por su mayor vinculación temporal, espacial o personal con aquél.

(59) En este sentido JAMIN B. RASKIN: «Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, 1993, págs. 1439-1440, considera, tras un análisis histórico-normativo de la Constitución de los EE.UU., que la decisión acerca de la extensión del sufragio a los extranjeros residentes es una cuestión política que debe ser decidida por aquellos que más se ven afectados en sus intereses como plenos ciudadanos, los nacionales.

con todos los derechos civiles, políticos y sociales que los textos constitucionales atribuyen a la persona. Muchos de estos derechos (vida, integridad física, honor, intimidad, libertad personal, libertad de expresión, reunión y asociación, tutela judicial efectiva, derecho a la educación), forman parte de la ciudadanía, puesto que sin ellos difícilmente se puede hablar de la construcción de esa praxis cívica de plena pertenencia a la comunidad política. Y, sin embargo, es en los derechos de participación política, y específicamente en el derecho de sufragio, donde se concentra, sobre todo en los sistemas democráticos representativos, el contenido imperativo identificativo de aquella y a través del cual la soberanía se ejerce de forma democrática (60). Existen, pues, diversos grados o niveles de ciudadanía según la intensidad de participación del individuo en la comunidad política en la que está integrado, de los cuales el que corresponde a los nacionales es el más intenso.

Ello tiene relación con la segunda de las cuestiones que plantea la democratización de la ciudadanía: la existencia o no de un sujeto colectivo a cuyos integrantes se han de reconducir el más alto grado de disfrute de los derechos de ciudadanía y la posibilidad de utilizar el vínculo formal de la nacionalidad para definirlo (61). A pesar de la presencia de fórmulas de atribución de la soberanía a un sujeto colectivo en casi todos los modernos ordenamientos democráticos, lo cierto es que no todos los derechos de ciudadanía aparecen atribuidos únicamente a los miembros de una colectividad definida por la nacionalidad (62), pero tampoco a toda persona por el mero hecho de serlo. Los distintos ordenamientos constitucionales suelen optar por un sistema mixto que, partiendo de la inicial atribución de los derechos de participación política (fundamentalmente el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento nacional o a los parlamentos regionales) únicamente a los nacionales (63), al mismo tiempo permiten bajo ciertas condiciones la participación de los extranjeros en las elecciones en las que la cualidad y la cantidad de la decisión política son más reducidas (elecciones municipa-

(60) Donde se materializa el vínculo de pertenencia a la comunidad política; cfr. JUDITH N. SHKLAR: *American citizenship. The Quest for inclusion*, op. cit., págs. 26-27.

(61) Se trata en último extremo de plantearse la relación entre lo que sociológicamente se ha denominado el principio nacional (*ethnos*) y el principio democrático (*demos*). Sobre una concepción democrática (*demos*) de la Nación del Estado (*ethnos*), cfr. EMMERICH FRANCIS: *Ethnos und Demos*, op. cit., págs. 90-91.

(62) Así, por ejemplo, en el ordenamiento español, los derechos de asociación o de reunión son derechos de titularidad universal; cfr. artículos 21 y 22 CE y la STC 115/1987, FJ 2 y 3.

(63) Una excepción es, por ejemplo, Nueva Zelanda, donde los extranjeros residentes poseen el derecho de sufragio también en las elecciones al Parlamento nacional.

les) (64) o en las elecciones de ámbito territorial supranacional (elecciones al Parlamento Europeo) (65).

Esto impide identificar al sujeto colectivo de los ciudadanos con el sujeto colectivo de los nacionales, pero también con el sujeto colectivo de la totalidad de las personas, puesto que el ámbito territorial y personal de aplicación de los derechos fundamentales de la persona y de los derechos de ciudadanía no son coincidentes. Precisamente esa parcial falta de identidad subjetiva, consecuencia de la democratización del Estado y de la ciudadanía, es uno de los elementos que, como se verá a continuación, explican la necesidad de reelaborar la tradicional interpretación del principio constitucional de la soberanía nacional/popular y, con ello, de los criterios que el legislador puede utilizar para construir un instituto, como el de la nacionalidad, que sirve para definir una parte del colectivo de ciudadanos y, concretamente, aquél que ejerce la parte más importante del contenido de la ciudadanía. Como se verá seguidamente, es preciso plantearse en qué medida sigue siendo necesaria la referencia a un sujeto colectivo en el que se reside la soberanía y qué sentido ha de tener hoy en relación con la pertenencia a la comunidad, pues de ello se derivará el concreto sentido que se le pueda dar a los vínculos jurídicos de la nacionalidad y la ciudadanía.

3. NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y SOBERANÍA DEMOCRÁTICA

a) *El sentido democrático de la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo*

Las modernas concepciones iuspositivistas del derecho han clarificado el auténtico significado que cabe atribuirle al dogma de la soberanía y, concretamente, a las normas constitucionales que atribuyen la soberanía a un

(64) Sobre la necesidad democrática de atribuir a los extranjeros residentes esa posibilidad de sufragio en las elecciones locales, y sobre su atribución histórica hasta comienzos del siglo XX en muchos de los Estados federados de los EE.UU., cfr. JAMIN B. RASKIN: *Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage*, *op. cit.*, págs. 1391 y ss.

(65) Como se trata en último extremo del ejercicio de derechos que forman parte la praxis cívica, semejante apertura de los procesos de participación política local o europea a quienes no son nacionales del Estado miembro, pero sí lo son de algún otro de la Unión Europea, ha contribuido a avanzar hacia una ciudadanía europea, que, en la medida en que el ordenamiento comunitario se considere supremo sobre los ordenamientos de los Estados miembros, podría dar lugar a una forma de ciudadanía pasiva (nacionalidad) de corte federal.

ente colectivo, sea la nación o el pueblo. Desde este punto de vista, la soberanía colectiva ha de ser vista como una cualidad del ordenamiento jurídico (66) que expresa gradualmente su autorreferencialidad y su positividad (67). No cabe, pues, caracterizar la soberanía como la cualidad de un sujeto prejurídico (68), se construya éste a partir de criterios subjetivos u objetivos (69). Los criterios de atribución o adquisición de la nacionalidad, y por consiguiente también de parte de la ciudadanía (en la medida en que ambas sigan vinculadas), no pretenden, pues, reconstruir el sujeto colectivo prejurídico nacido del pacto social originario (70).

La imputación constitucional de la soberanía a un sujeto —por lo que aquí respecta a la nación o al pueblo— tiene, pues, el trascendental sentido de indicar el modo —democrático— en el que el propio ordenamiento jurídico se estructura (71), esto es, desarrolla la cualidad que expresa su plena positividad y autorreferencialidad. Dicho con otras palabras, la ubicación de la soberanía en un sujeto colectivo ha de ser entendida en el sentido de prescribir una determinada forma de legitimar (72) y de estructurar la creación

(66) Aplicado al principio de soberanía constitucional en la CE de 1978, cfr. MANUEL ARAGÓN REYES: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 25 y ss.

(67) FRANCISCO BASTIDA FREIJEDO: *La soberanía borrosa: la democracia*, op. cit., pág. 390.

(68) Así, por ejemplo, afirmar la preexistencia del sujeto colectivo ha colocado a la ciencia constitucional alemana en la tesitura de tratar de encontrar interpretativamente disposiciones de la *Grundgesetz* que corroboren la comprensión objetivo-cultural del pueblo alemán (*Nationalprinzip*), como hace JOSEF ISENSEE: *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., págs. 718-720, o bien a negar tal precomprensión para hacerla compatible con las disposiciones constitucionales que establecen el contenido del principio democrático y de la dignidad de la persona, como le sucede a Astrid WALLRABENSTEIN: *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1999, págs. 156 y ss., con las dificultades que ello conlleva para la normatividad de la Constitución y sobre todo, para la configuración constitucional de la nacionalidad, al hacerlas depender de una determinada interpretación histórica.

(69) E-W. BÖCKENFÖRDE: «Die Nation - Identität in Differenz», en *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, págs. 37-38, trata de buscar un punto intermedio entre ambos criterios a través de un concepto de nación basado en la voluntad colectiva de formar una unidad política subjetiva, pero con ello recalca en un sujeto cuya existencia, dada su función legitimadora de origen, es previa al ordenamiento jurídico democrático, que es el que realmente debiera darle vida y no sólo conservársela.

(70) Como pretenden SCHUCK y SCHMITH: *Citizenship without consent*, op. cit., págs. 116 y ss., pero también RAINER BAUBÖCK: *Transnational citizenship*, op. cit., págs. 172 y ss., aunque lleguen a conclusiones diferentes.

(71) Cfr. FRANCISCO BASTIDA FREIJEDO: «Constitución, soberanía y democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, págs. 9 y ss.

(72) GERHARD RÖLLECKE: «Souveränität, Staatssouveränität, Volkssouveränität», en

normativa, y no en el sentido de fundamentar la validez del ordenamiento. Pero antes de hacer referencia a las consecuencias que tiene para el instituto de la nacionalidad la garantía constitucional de la soberanía de un sujeto colectivo, es preciso determinar, en primer término, si la clausura inclusiva en aquel sujeto que conllevan la nacionalidad y la ciudadanía es jurídicamente necesaria, o incluso compatible con el principio democrático. Desde algunas posiciones se afirma la indisoluble unidad de la democracia con la soberanía popular (73). Sin embargo, las mismas plantean el insuperable problema de que, en último extremo, presuponen la existencia del sujeto colectivo, pueblo, como previa al ordenamiento jurídico, y, por consiguiente, como condicionante de la democracia articulada por éste.

Desde otras perspectivas que pretenden maximizar el principio democrático y permitir la participación en el ejercicio del poder de todo sujeto sometido al mismo, se propone, por contra, prescindir de la vinculación entre el núcleo irreductible de la ciudadanía, esto es, el derecho de sufragio en las elecciones nacionales (federales) y autonómicas (estatales), y la nacionalidad como criterio formal de construcción de un sujeto colectivo nacional (74), permitiéndole su ejercicio —y por tanto otorgándoles la ciudadanía— a todos los residentes con independencia de que sean nacionales o extranjeros (75). Semejantes bienintencionados intentos de equipar los derechos de la persona con los derechos del ciudadano se estrellan no sólo contra el muro de la literalidad de muchos de los textos constitucionales en los que expresamente se habla de la soberanía del *pueblo español*, *la nación francesa* o *la nación irlandesa*, sino, además, con el hecho de que no todas las decisiones normativas en cuya elaboración pudiera intervenir directa o indirectamente el individuo tienen el mismo efecto sobre los intereses particulares y, sobre todo, sobre los intereses generales, por lo que la igualdad en la capacidad de participación ciudadana a que conduciría prescindir de un sujeto colectivo soberano es más que cuestionable.

La atribución de la soberanía a un sujeto colectivo expresa la confluencia entre el aspecto individualista y el comunitario-republicano de la estructura-

MURSWIEK, STOROST y WOLFF (Hrsg.): *Staat, Souveränität, Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2000, págs. 27-28 y ss.

(73) Véase por todos JOSEF ISENSEE: *Abschied der Demokratie vom Demos...*, *op. cit.*, pág. 705.

(74) BRUN-OTTO BRYDE: *Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, *op. cit.*, pág. 312.

(75) Véase, por muchos, BRUN-OTTO BRYDE: *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, *op. cit.*, págs. 258-259 y RUTH RUBIO MARÍN: *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, *op. cit.*, págs. 235 y ss.

ción democrática del ordenamiento (76). Por una parte, la moderna concepción democrática de los dogmas de la soberanía nacional y de la soberanía popular entiende el pueblo o la nación como entes colectivos abstractos, y en ningún caso como sumas o agregados de individuos aisladamente considerados (77). Ello explica que la necesidad de participación de los sometidos al poder en el ejercicio de éste se justifique desde un punto de vista democrático no sólo para garantizar la tutela de sus intereses individuales, sino también del interés general producto de su corresponsabilidad como colectivo (78). Pero, por otro lado, este bien común tiene más posibilidades de ser alcanzado allí donde se da la máxima garantía de autodeterminación individual de los sometidos al poder, expresión del principio democrático (79).

Si la soberanía se concibe como una cualidad del ordenamiento nada se opone a que, a pesar de su nominal atribución a un sujeto, la misma, en tanto que reflejo del principio democrático tal y como se ha expuesto anteriormente, permita diversos niveles de participación ciudadana (80), desde el ejercicio de derechos de participación política sin incidencia directa en el ejercicio del poder (manifestación, asociación, etc.) hasta el ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento nacional o a los Parlamentos de las unidades territoriales en las que se organiza en el Estado, pasando por el ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones locales. Y es posible, e incluso deseable, que el texto constitucional, expresa (art. 1.2 CE) o tácitamente (art. 20.1 GG) (81), haya previsto que para la participación en alguno de estos niveles, particularmente para el ejercicio de funciones públicas directas o indirectas en los procesos normativos constituyente o legislativo y

(76) Cfr. FREDERICK SCHAUER: «Community, citizenship and the search for national identity», *Michigan Law Review*, 1986, págs. 1504 y ss.; DEREK HEATER: *What is citizenship?*, Polity Press, Cambridge, 2002, págs. 98-99.

(77) Sobre la soberanía nacional residenciada por el artículo 1.2 CE en el pueblo español, cfr. RAMÓN PUNSET BLANCO: «En el Estado constitucional hay soberano», *Fundamentos*, núm. 1, 1998, págs. 329 y ss.; FRANCISCO BASTIDA FREJEDO: «Constitución, soberanía y democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, págs. 9 y ss.

(78) Cfr. JOSEF ISENSEE: *Abschied der Demokratie vom Demos...*, *op. cit.*, pág. 710.

(79) Cfr. BRUN-OTTO BRYDE: *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, *op. cit.*, pág. 258.

(80) Como ejemplificación de esta pluralidad de niveles de manifestación de la soberanía popular en los niveles federal, estatal y local del ordenamiento alemán, cfr. BRUN-OTTO BRYDE: *Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, *op. cit.*, págs. 318 y ss.

(81) El mencionado precepto de la Ley Fundamental de Bonn no hace referencia expresa a que «todo el poder emane del pueblo» alemán, sino del pueblo a secas, aunque así se deduzca tácitamente de su interpretación sistemática con las referencias al poder constituyente (originario) del pueblo alemán contenidas en su Preámbulo.

de funciones públicas directas en ciertos procesos normativos administrativos y judiciales, sea necesario un grado de responsabilidad mayor que se corresponde con la integración en un sujeto colectivo, el pueblo del Estado, mediante el vínculo de la nacionalidad. No se trata de imponer los criterios de un sujeto colectivo homogéneo y prejurídico, sino, justo al contrario, de dar satisfacción al elemento democrático republicano que expresa la existencia de una comunidad política, y que es necesario para la preservación del sistema jurídico como sistema socialmente diferenciado (82).

b) *Consecuencias jurídicas para la nacionalidad de la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo*

Como consecuencia de lo anterior, es preciso, en segundo lugar, plantearse las consecuencias jurídicas que tiene respecto de la nacionalidad la estructuración democrática de la creación normativa en torno a la existencia de un sujeto colectivo (83). Dado que la nacionalidad, como ya se dijo es el vínculo formal que permite construir ese sujeto colectivo en el que se va a concentrar el núcleo de la ciudadanía, esto es, el núcleo del ejercicio de la soberanía, es por lo que los criterios que el constituyente o legislador utilizan para su creación tendrán una incidencia decisiva en cuál sea la caracterización de este sujeto y, por tanto, en cuál sea el grado de reflejo de compromiso entre la virtud cívica republicana (mayoría) y los derechos individuales (minoría) que exige el principio democrático.

La distinción entre las fórmulas soberanistas de la soberanía nacional y la soberanía popular (84), utilizadas por los textos constitucionales, posee un significado dogmático-jurídico, asociado a dos fórmulas que, de antitéticas cuando se aplicaban, en su formulación originaria, a la cualidad de un sujeto, pasan a ser compatibles cuando se consideran principios de estructuración

(82) Sobre la democracia como forma de articulación de la creación normativa que mejor expresa la positividad y la autorreferencialidad del sistema jurídico, condiciones funcionales de su existencia diferenciada, cfr. FRANCISCO BASTIDA FREIJEDO: *La soberanía borrosa: la democracia*, *op. cit.*, pág. 390.

(83) Una contraposición de las diferentes consecuencias que tendría para la nacionalidad la comprensión nacional-cultural o subjetivo-democrática del sujeto colectivo, se pueden ver, aunque con ciertas diferencias con respecto a lo que aquí se sostiene, en ASTRID WALLRABENSTEIN: *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, *op. cit.*, págs. 159 y ss.

(84) Véase la clásica distinción que realiza entre unas y otras RAYMOND CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, tome II, CNRS, París, págs. 167 y ss.

del ordenamiento jurídico (85). Se trata tanto de una fórmula igualitarista participativa (es el caso de la soberanía popular) y otra fórmula representativa (es el caso de la soberanía nacional) (86). La presencia de una u otra en los ordenamientos jurídicos occidentales, impregnadas por la afirmación paralela del carácter democrático del Estado, condiciona la adopción de los criterios de construcción del sujeto al que se imputa la soberanía y, por tanto, del sujeto colectivo de la nacionalidad y de una parte del sujeto colectivo de la ciudadanía. En efecto, el principio democrático requiere una construcción fundamentalmente igualitarista del sujeto colectivo al que se imputa la soberanía, basada en el respeto a los derechos fundamentales de la persona. Este igualitarismo, por su parte, refleja el aspecto individualista de la construcción del ordenamiento jurídico, puesto que sólo en el ámbito del respeto a la igual dignidad de todas las personas encuentra su plena realización la igualdad democrática.

En congruencia con lo expuesto, el sujeto nacional de la soberanía debería construirse conforme a un criterio en el que se combinen los elementos comunitarios-republicanos e individualistas antes mencionados, lo cual es de especial relevancia en lo que se refiere a la articulación legislativa del vínculo de la nacionalidad. La pertenencia al mismo debe estar abierta mientras permanezcan abiertas las fronteras y, por tanto, la posibilidad de ser súbdito (87), pues sólo de este modo se puede conseguir preservar una mínima correspondencia entre quienes son titulares de los derechos de participación política más esenciales y quienes están sujetos a las normas resultantes de aquélla (88). Cabe construirla a partir de un acervo común a los sujetos que pasen a formar parte de dicho sujeto colectivo al que se imputa la soberanía, siempre que ese acervo no tenga un carácter étnico o cultural, en el sentido de la tradicional *nación cultural*, sino un carácter constitucional-democrático, derivado de la sujeción a un marco normativo procedimental orientado a respetar la pluralidad cultural (89).

(85) Cfr. RAMÓN PUNSET BLANCO: «En el Estado constitucional hay soberano», *Fundamentos*, núm. 1, 1998, págs. 329 y ss.

(86) Crítico con la forma de construir este dogma por parte de Carré de Malberg a partir de los clásicos revolucionarios franceses, cfr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER: «Vom repräsentativen Parlamentarismus zur plebiszitären Präsidialdemokratie: Raymond Carré de Malberg (1861-1935) und die Souveränität der französischen Nation», *Der Staat*, Bd. 34, 1995, págs. 365 y ss.

(87) Cfr. MICHAEL WALZER: *Spheres of Justice. A defense of pluralism and equality*, Basic Books, New York, 1983, pág. 62.

(88) Cfr. JOHANNES MASSING: *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, op. cit., págs. 24-25, con apoyo en la BVerfGE 83, 37 (51 y ss).

(89) Cfr. JÜRGEN HABERMAS: *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, op. cit., págs. 642-643.

Por tanto, el vínculo de la nacionalidad no debería construirse en un Estado democrático con la intención de reconstruir un ente colectivo caracterizado por unas señas comunes de identidad socio-cultural (90). Más bien al contrario, debería construirse con el fin de dotar de contenido personal a un sujeto colectivo abstracto, creado por el texto constitucional con la fórmula soberanista, que está en permanente renovación y cuyo elemento de identidad común ha de ser la sujeción más o menos permanente a un ordenamiento jurídico democrático (91), marco de un pluriculturalismo que se desarrolla a través del ejercicio de los derechos fundamentales y, sobre todo, de los derechos de ciudadanía.

Dicho cambio no supone la automática incorporación al colectivo soberano de los residentes bajo el ordenamiento jurídico de un Estado. Dicha incorporación será democráticamente válida, mediante la atribución de la nacionalidad por nacimiento, en la medida en que se suponga la existencia de elementos (patria potestad, nacionalidad y residencia de los padres, etc.) que reflejan la intensidad del sometimiento del individuo al ordenamiento estatal, o cuando con ella se traten de evitar situaciones de apatridia. Pero se desviará de aquel principio estructural cuando la misma se produzca al servicio de fines políticos distintos, como la construcción de una base poblacional fuerte y extensa, una homogenización cultural de la nación, o, en fin, cuando desconozca la voluntad subjetiva de los convertidos automáticamente en nacionales (92) en aras de una más perfecta congruencia entre el pueblo gobernante y el pueblo gobernado (93).

(90) Ni previas, como sostienen quienes parten de la prejuridicidad del sujeto colectivo, ni posteriores, introducidas por el legislador democrático para conseguir una homogeneidad que sólo puede provenir de una precomprensión del sujeto constitucional de la soberanía, tal y como ya se dijo anteriormente.

(91) Elemento posterior y no previo al texto constitucional, lo que elimina el peligroso camino de la prejuridicidad del sujeto colectivo; y elemento apolítico y acultural, lo que elimina la posibilidad de limitar el pluralismo político o cultural de uno u otro modo. Sobre el contacto territorial como principal punto de conexión para la adquisición de la nacionalidad y las consecuencias de ello en el derecho alemán de la nacionalidad, cfr. JOHANNES MASSING: *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, op. cit., págs. 27 y ss.

(92) Provocando situaciones de doble nacionalidad imperfecta o de pérdida de la nacionalidad originaria no necesariamente deseadas por éstos. Las situaciones de doble nacionalidad perfecta, en las que se mantiene la pertenencia a dos comunidades políticas simultáneamente son, pues, deseables sólo en un contexto en el que la nacionalidad se desvincula del ejercicio del núcleo de la ciudadanía, y no en los contextos de los Estados constitucionales democráticos occidentales en los que quiere mantener unido, pues convertirían en gobernantes en un Estado a quienes no son (o lo son mínimamente) gobernados. Sobre la utilidad de la nacionalización para los extranjeros es especialmente interesante el análisis de RAINER BAUBÖCK: *Transnacional citizenship*, op. cit., págs. 102 y ss.

(93) No se trata, pues, de que no se le exija nada a quien automáticamente es incorpora-

Semejante cambio en la forma de entender la construcción del sujeto colectivo no pasa necesariamente por la opción por unos u otros criterios de atribución de la nacionalidad por nacimiento, como el *ius soli* o el *ius sanguinis*. Tanto unos como otros pueden resultar incompatibles con esta comprensión procedimental del principio democrático y terminan determinando una construcción étnico-cultural de la nacionalidad, si no se combinan adecuadamente con el *ius domicilii* (94). De ahí que resulte más que discutible, atribuir la nacionalidad por nacimiento a quien ha nacido y reside con sus padres, nacionales de origen, fuera del territorio estatal, pues su vinculación al ordenamiento del Estado se reduce al mínimo (95), pero, igualmente, la atribución de la nacionalidad por el mero hecho casual de haber nacido en el territorio de un determinado Estado, con independencia de la vinculación que el individuo vaya a tener con ese ordenamiento (96). De ahí que casi todos los Estados, tanto los que partían de una aplicación más pura del *ius sanguinis* como los que partían de una aplicación más radical del *ius soli* terminen por combinarlos entre

do como nacional, como pretende RUTH RUBIO MARÍN: *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States, op. cit.*, págs. 105 y ss., sino que la democracia exige sus sacrificios, algunos inherentes al propio principio (como el sometimiento a las reglas procedimentales o materiales producto del gobierno democrático) y otros externos a él pero consustanciales al contexto jurídico en el que el principio democrático desarrolla sus efectos (como la existencia de diversos ordenamientos estatales diferenciados y el papel que debe desempeñar la nacionalidad en relación con ellos). Estos últimos pueden conducir a que a muchos individuos les resulte, a tenor de sus expectativas vitales, más adecuado no nacionalizarse y conservar su nacionalidad de origen, ante el temor a perder esta última o parte de los derechos de participación que permanezcan poco democráticamente asociados a conservarla en situaciones de doble nacionalidad.

(94) MATTHIAS BÖS: *The legal construction of membership: nationality Law in Germany and the United States, op. cit.*, págs. 24 y ss.

(95) Ciertamente, si los padres son nacionales, es fácticamente probable que residan en España, y este dato puede ser asumido por el legislador, dentro de la apertura constitucional democrática, para suponer que tanto los padres como los hijos nacionales, en virtud de las específicas obligaciones de cuidado y custodia que muchos textos constitucionales imponen a los primeros, van a hallarse más intensamente sujetos a nuestro ordenamiento como consecuencia del contacto espacio-temporal que la residencia genera. Sin embargo, también es posible que los padres y, por dependencia de ellos los hijos, no residan en el territorio estatal, sino que se encuentren emigrados, en cuyo caso, con independencia de la congruencia democrática de conservar la nacionalidad y los consiguientes derechos de ciudadanía al nacional emigrante que durante largo tiempo ha perdido la intensa vinculación con el ordenamiento que se requeriría, resultaría de difícil adecuación al principio democrático incluir en el sujeto colectivo nacional a los hijos de aquél, cuando por sí mismos éstos no han tenido esa vinculación nunca.

(96) Sobre los inconvenientes del manejo asilado de unos y otros criterios, cfr. RAINER BAUBÖCK: *Transnacional citizenship, op. cit.*, págs. 23 y ss.

sí (97), generando modelos mixtos, pero rara vez los combinan con la suficiente intensidad con el principio de residencia (*ius domicilii*) (98), lo que sería la auténtica exigencia de la construcción democrática de la nacionalidad (99).

El cambio aludido antes pasa mucho más por eliminar de la adquisición derivativa de la nacionalidad las tradicionales exigencias de dominio de la lengua (100), conocimiento de la historia, integración socio-cultural (101),

(97) Así, por ejemplo, el artículo 17 del Código Civil español dispone la nacionalidad española de origen de los nacidos de padre o madre españoles, los nacidos en España de padres extranjeros si al menos uno de ellos hubiese nacido en España, los nacidos en España de padres extranjeros apátridas o cuyas legislaciones nacionales no atribuyesen la nacionalidad a sus hijos, los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada y, finalmente, los extranjeros menores adoptados por españoles. Transformaciones semejantes se pueden encontrar tanto en legislaciones tradicionales de *ius sanguinis* —como la Ley de nacionalidad alemana (StAG) de 1999 o la Ley 91/1992 italiana sobre la nacionalidad—, pero también en ordenamientos prototípicamente de *ius sanguinis* —como el Código Civil francés o la Immigration and Naturalization Act norteamericana.

(98) Un buen ejemplo del condicionamiento del *ius sanguinis* por el *ius domicilii* lo ofrece, tras su última reforma, el § 4.4 StAG, que dispone que «*la nacionalidad alemana no se adquirirá por nacimiento en el extranjero si el progenitor alemán hubiese nacido en el extranjero con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y tuviese allí su residencia habitual, a no ser que el menor resultase por ello apátrida*»; aunque después introduce ciertas excepciones a la misma.

(99) La falta de conciencia de esta necesidad de combinarlos con el criterio de la residencia se deja ver en el artículo 6 del *Convenio Europeo sobre Nacionalidad, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997*, que se olvida del *ius domicilii*, por lo menos en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad por nacimiento. Y, sin embargo, de forma totalmente incongruente con lo anterior, el artículo 8 del *Convenio* sí tiene en cuenta el criterio de la residencia en un país extranjero como mecanismo a través del cual los Estados pueden modular su obligación general de permitir a los nacionales renunciar voluntariamente a la nacionalidad, y con ello evitar que con la renuncia el individuo pretenda simplemente librarse de la sujeción general al ordenamiento del Estado que genera la nacionalidad.

(100) Véase, por ejemplo, el § 86.1 StAG, el artículo 21-24 Code Civil francés, el artículo 312 de la Immigration and Naturalization Act de los EE.UU. y el artículo 220.5 del Reglamento del Registro Civil español (RRC).

(101) Cfr. el artículo 21-24 Code Civil francés y el artículo 43 del Decreto 93-1362, de 30 de desarrollo de esos artículos. En este sentido, el artículo 22.4 del Código Civil español exige al solicitante de la nacionalidad por residencia acreditar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española, a lo que el artículo 220.5 RRC añade que debe indicar en su solicitud cualquier otra circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles. Además, el artículo 22.2 del Código Civil español, al modular los tiempos de residencia, y por tanto de vinculación con el ordenamiento jurídico, necesarios para la adquisición de la nacionalidad por residencia, los reduce a dos años para los nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o para los sefardíes, territorios que han mantenido históricamente una cierta identidad cultural con el Estado español.

que perfilan la construcción de un ente colectivo étnico-culturalmente homogéneo, pero también las de conocimiento del sistema político-constitucional (102), buen comportamiento cívico (103), no comisión de actos criminales (104) o lealtad política con el colectivo nacional (105), que perfilan la construcción de un sujeto político-culturalmente homogéneo, establecidas para la naturalización. Tanto unas como otras se exigen sólo para la nacionalidad derivativa, pero no para la nacionalidad originaria (106), cuando desde un punto de vista democrático el criterio jurídico de pertenencia al sujeto colectivo nacional debe responder a los mismos motivos en el caso de la atribución de la nacionalidad por nacimiento y en el de su atribución posterior (107).

(102) En este sentido, el artículo 312 de la Immigration and Naturalization Act de los EE.UU.

(103) Cfr. el artículo 21-23, el artículo 21-27 Code Civil francés y el artículo 36 del Decreto 93-1362, de 30 de desarrollo de esos artículos y, en nuestro país, el artículo 22.4 y el artículo 220.5 RRC.

(104) Cfr. el artículo 21-23, el artículo 21-27 Code Civil francés y el artículo 36 del Decreto 93-1362, de 30 de desarrollo de esos artículos, el artículo 10.1, Nr. 2, 3, 4 y 6 de la Ley austriaca de ciudadanía, el artículo 316 de la Immigration and Naturalization Act de los EE.UU., el § 85 Abs. 1 Nr. 5 y el § 86 Abs. 2 AuslG, y, en nuestro país, el artículo 220.3 RRC.

(105) Véase, por ejemplo, el artículo 316 de la Immigration and Naturalization Act de los EE.UU., el § 86.2 StAG und la BVerwGE 75, 86-99 (sobre este último precepto véase UWE BERLIT: *Gemeinschaftskommentar zum Staatsangehörigkeitsrecht*, § 86, Rn. 10, 60 f.). El artículo 23.a) del Código Civil español, que exige prestar juramento de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, ha de ser entendido, en consonancia con la inexistencia de cualesquiera institutos de democracia militante en la CE de 1978 y con la jurisprudencia sobre el juramento de lealtad constitucional (véanse la *STC 122/1983, de 23 de diciembre, FJ 5*; la *STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 4 y ss.*; y la *STC 74/1991, de 8 de abril, FJ 4 y 5*), como un mero ritual carente de contenido obligatorio material para el extranjero que pretende naturalizarse.

(106) Véase el artículo 11 CE que distingue entre la nacionalidad originaria y (tácitamente) la nacionalidad derivativa, haciendo referencia la primera a la adquirida por el individuo en primer término —normalmente con el nacimiento— y la segunda a la adquirida posteriormente a la adquisición de una originaria, como consecuencia de la naturalización.

(107) En contra de considerar muchas de estas exigencias como contrarias al principio democrático, cfr. ASTRID WALLRABENSTEIN: *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, *op. cit.*, pág. 168, como consecuencia de que, en último extremo, considera que el principio democrático en la GG se apoya en una cierta y necesaria homogeneidad cultural y política del sujeto colectivo al que se imputa la soberanía (pág. 163), lo que sólo resulta comprensible si se parte de una precomprensión —aunque sea subjetivo-democrática— de éste como una unidad (págs. 143 y ss.).

c) *Ciudadanía y soberanía democrática*

Si, como se ha dicho, las fórmulas de la soberanía nacional o popular en un Estado democrático pretenden una determinada forma de estructuración de la creación normativa, la democrática, construyendo para ello a través de la nacionalidad un sujeto colectivo, la consecuencia de ello es que esa soberanía popular o nacional ha de encontrar también un adecuado reflejo, en lo que se refiere a su contenido jurídico democrático, en el vínculo jurídico de la ciudadanía. Construida ésta como un vínculo jurídico gradual que genera una praxis cívica, la ciudadanía exige participación para conseguir la plena pertenencia a una comunidad; y la soberanía colectiva, construida como una forma de estructuración democrática del ordenamiento, exige también una mayor o menor participación del individuo y de los grupos en el ejercicio del poder.

Del mismo modo que el carácter nacional del sujeto al que se atribuye la soberanía ha sido utilizado, en las conocidas decisiones sobre el Tratado de Maastricht de diversos Tribunales Constitucionales europeos (108), para limitar la atribución de derechos de ciudadanía a individuos que no formaban parte del colectivo nacional, sobre la base de una posible vulneración del carácter democrático del Estado, también debiera valer esta vinculación entre ciudadanía y democracia para definir las exigencias que esta última impone en la construcción de la primera, y que se trasladan al colectivo nacional al que se atribuye. Se acepta como compatible con el dogma de la soberanía de un pueblo nacional el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales de quienes no pertenecen —ni se puede pretender que pertenezcan a esos solos efectos— a ese colectivo (109), porque el mismo no afecta al núcleo de la soberanía, al núcleo de la ciudadanía, esto es, al derecho de sufragio en las elecciones nacionales o estatales (autonómicas), que es a través de las cuales se pone en marcha la *Kompetenz-Kompetenz* y, por tanto, el señorío sobre el proceso de integración (110).

(108) Cfr. la BVerfGE 89, 155 y ss. (primero ya la BVerfGE 83, 37 y ss. y la BVerfGE 83, 60 y ss., en relación con el ejercicio de la soberanía popular a través de las elecciones locales), las Decisiones 92-308 de 9-04-1992; 92-312 de 02-09-1992; y 92-313 de 23-09-1992 del Conseil Constitutionnel francés, y, en fin, la Declaración de 1-07-1992, del Tribunal Constitucional español.

(109) En este sentido DTC de 1-07-1992, FJ 3 y 5.

(110) Cfr. BVerfGE 89, 155 (169-172). Si, por el contrario, como propone parte de la doctrina (por todos, JUAN LUIS REQUEJO PAGES: *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 25 y ss.) se acepta como posible la cesión de parte de la *Kompetenz-Kompetenz* a

En este sentido, cabe decir que el sujeto colectivo nacional tiene encomendado el ejercicio de la soberanía con carácter principal pero no exclusivo, puesto que ésta no se agota en el ejercicio del derecho de sufragio, aunque, como se ha dicho, éste sea la más prístina expresión de los derechos de ciudadanía. También se extiende a los diversos derechos de participación en sentido extenso del término y a ciertos derechos de libertad, como los de asociación, reunión, expresión e información, que algunos ordenamientos atribuyen a los extranjeros (incluso a los no residentes) en condiciones de igualdad con los nacionales (111). E incluso dentro de aquél, la diferente intensidad en la vinculación y en el interés, según de qué decisiones normativas se trate, permite explicar, e incluso justificar democráticamente (112), que se extienda a los extranjeros residentes el derecho de sufragio en las elecciones locales, esto es, que se aumente en ese ámbito su grado de ciudadanía.

Por tanto, no sólo ejercen la soberanía los miembros del colectivo al que se imputa ésta (113), sino también otros individuos sujetos al ordenamiento, como los extranjeros, a los que éste ha otorgado facultades, más o menos directas, para participar en el desarrollo de su positividad al más alto nivel. En este sentido la soberanía participaría de la misma gradualidad que refleja la ciudadanía, esto es, con niveles más o menos intensos de ejercicio de la misma a los que son llamados diversos sujetos definidos conforme a diversos criterios.

Con todo, en la medida en que la soberanía es la cualidad que expresa la autorreferencialidad y la positividad del ordenamiento jurídico, la reforma constitucional representa la función normativa que también expresa de un modo más nítido esa cualidad (114). De ahí que en ella sólo puedan partici-

la Unión Europea, carece de sentido la exclusión del núcleo de la ciudadanía —derecho de sufragio nacional y autonómico— de aquellos extranjeros, los nacionales de los Estados miembros de la UE, que ya pueden influir en las más altas decisiones de nuestro ordenamiento (las constitucionales) a través de la creación normativa comunitaria.

(111) Véanse los artículos 20, 21, 22 y 24 CE, en relación con la libertad de expresión e información, el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, y el derecho a la tutela judicial efectiva respectivamente.

(112) MIGUEL PRESNO LINERA: *El derecho de voto*, op. cit., págs. 74 y ss.

(113) Del mismo modo que no todos los miembros de ese sujeto colectivo, definido conforme a la nacionalidad, participan en el mismo grado en el ejercicio de esas más intensas facultades de participación, puesto que para el ejercicio del derecho de sufragio sigue requiriéndose una determinada edad, lo que es discutible. Sobre esto último MIGUEL PRESNO LINERA: *El derecho de voto*, op. cit., págs. 135 y ss., y en general sobre la consideración de los menores como partícipes en el ejercicio de la soberanía, cfr. BENITO ALÁEZ CORRAL: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 45 y ss.

(114) BENITO ALÁEZ CORRAL: *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, op. cit., págs. 153 y ss.

par de forma directa o indirecta aquellos individuos en los que concurre a un tiempo la condición de ciudadano y de nacional, esto es, que por su más intensa vinculación con el ordenamiento jurídico, además de poder ejercer los derechos de ciudadanía, son los únicos que pueden disponer del contenido del texto constitucional. Esta, y no otra, es la razón de que buena parte de los textos constitucionales democráticos occidentales limiten el derecho de sufragio en las elecciones de los órganos capacitados para participar en la función legislativa y, sobre todo, en la función de reforma constitucional, únicamente a los ciudadanos que forman parte de aquel colectivo nacional (115). En otras palabras, ésa es la razón de que los textos constitucionales vinculen el ejercicio del contenido imperativo de la ciudadanía a la posesión de la nacionalidad, y no a una presunta concepción objetivo-cultural del sujeto nacional. Precisamente por ello, la concepción de la ciudadanía como una manifestación de la soberanía democrática del ordenamiento, debe encontrar un reflejo recíproco en los criterios con los que el texto constitucional sujeta al legislador de la nacionalidad, como parecían reflejar los primeros textos revolucionarios franceses en los que la propia Constitución parecía llevar a cabo esa mutua interdependencia al confundir en una sola las categorías de ciudadano y de nacional.

En conclusión, se puede decir que el carácter democrático de la soberanía nacional o popular, exige que el legislador de la nacionalidad tenga en cuenta la función legitimadora que desempeña la ciudadanía en el Estado democrático, y, por tanto, que no otorgue la nacionalidad a quien prácticamente carece de vinculación como súbdito con el Estado, esto es, a quien por no residir ha de ser considerado extranjero en sentido roussoniano del término, ni se la niegue a quien, por el contrario, posee esa vinculación por el mero hecho de tener unas manifestaciones culturales no mayoritarias, puesto que como se ha visto la identidad étnica o cultural no son criterios democráticos admisibles para la construcción del sujeto colectivo al que se imputa la soberanía. Pareja a la *nacionalización de la ciudadanía* que conllevaron históricamente aquellos dogmas soberanistas, debe correr, pues, una *recíproca civilización de la nacionalidad*, que es igualmente exigible de la configuración democrática de aquéllos.

(115) El artículo 13.2 CE, al permitir el ejercicio del sufragio tanto activo como pasivo de los ciudadanos extranjeros en las elecciones municipales, expresa la voluntad constitucional de que la ciudadanía, manifestación jurídica de la soberanía democrática de nuestro ordenamiento, pueda corresponder tanto a individuos de nacionalidad española o como a extranjeros. Sólo el ejercicio de aquellos derechos de ciudadanía que permiten incidir en el cambio de las condiciones de ejercicio de aquélla (función legislativa y función constitucional), queda circunscrito a un colectivo nacional.