

---

---

# FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,  
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

---

---



---

Junta General del Principado de Asturias

<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>

# FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,  
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

## COMITÉ DE HONOR

Excmo. Sr. Presidente de la Junta General del Principado de Asturias  
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias  
Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo

## DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

## CONSEJO EDITORIAL

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,  
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 7

EL PUEBLO DEL ESTADO  
NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA EN EL ESTADO  
CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICO

Coordinador: Benito Aláez Corral



Junta General  
del Principado de Asturias

2012

## **FUNDAMENTOS**

ISBN: 978-84-8367-401-7

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: [fundamentos@uniovi.es](mailto:fundamentos@uniovi.es)

Web: <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>

Pedidos: [correo@krkediciones.com](mailto:correo@krkediciones.com)

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS 3261-2012

## INDICE

Presentación. BENITO ALÁEZ CORRAL . . . . .	7
Autores . . . . .	27

### PRIMERA PARTE

#### LOS INTEGRANTES DE LA NACIÓN/PUEBLO

Nazione, diritti, Stato. PIETRO COSTA . . . . .	31
Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo. BENITO ALÁEZ CORRAL . . . . .	85
National identity, ethnic heterogeneity and The New Culturalization of Citizenship. VERONIKA SCHMID/MATHIAS BÖS . . . . .	131
Citizenship Denationalized. LINDA BOSNIAK . . . . .	161
Da cittadini a sudditi. DANILO ZOLO . . . . .	231

### SEGUNDA PARTE

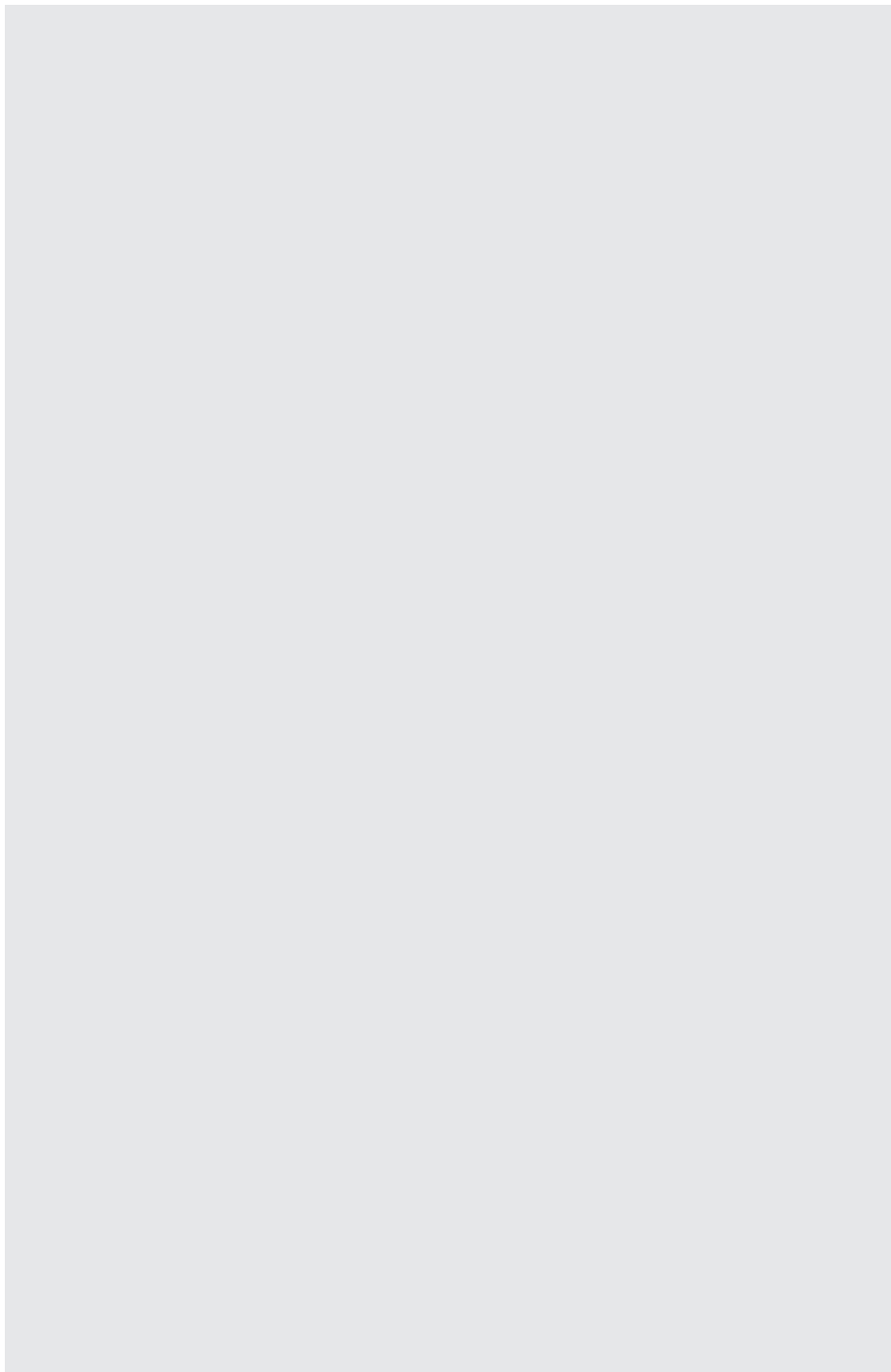
#### LA CONFIGURACIÓN DE LA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

Democracia ciudadana y ciudadanía democrática MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA . . . . .	243
La ciudadanía borrosa. Ciudadanías multinivel IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ . . . . .	285
La ciudadanía europea (entre paréntesis). MARÍA FRAILE ORTIZ. . . . .	309
Identité nationale et intégration des immigrés. Le «modèle républicain» contre les droits des étrangers. DANIÈLE LOCHAK . . . . .	359
Dilemas jurídicos en la educación en una Europa multicultural. Formar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ . . . . .	393



# PRESENTACIÓN

Benito Aláez Corral





Este libro colectivo viene a dar continuidad a los anteriores volúmenes monográficos de Fundamentos, ocupándose de uno de los tres elementos del Estado en la teoría clásica: el Pueblo del Estado. Y lo hace tratando de analizar, desde la perspectiva crítica de su inserción en el Estado constitucional-democrático, la nacionalidad y la ciudadanía, los dos institutos que han servido históricamente para conformar y caracterizar al conjunto humano sobre el que se dirige el poder coactivo del Estado.

Nacionalidad y ciudadanía son dos conceptos que apenas han tenido un tratamiento científico-jurídico autónomo en el derecho constitucional español y mucho menos desde la perspectiva del principio democrático, su auténtica columna vertebral desde 1978. No así en otras ramas afines como la filosofía política, la Teoría del Estado, o, en fin, el Derecho internacional —tanto público como privado—, ni en la literatura científico-jurídica de otros países, donde los estudios sobre uno y otro término, mono o pluridisciplinarios, son habituales. Además, es costumbre en los estudios de Derecho constitucional patrios centrarse en el análisis de la segunda parte del término democracia (*kratos*), esto es, en los mecanismos de gobierno y en su naturaleza igualitaria, plural y participativa. Mucho menos o nada habitual es que se ocupen también de la primera parte del término (*demos*), esto es, de la manera en la que se construye el sustrato personal del sujeto que ha de ejercer ese gobierno. En otras palabras, se parte de que la democracia equivale al autogobierno, pero no se responde al interrogante ¿al autogobierno de quién?, lo que, siguiendo con la ficción del dogma soberanista, es tanto como decir que no se responde a la cuestión de quién conforma el Pueblo del Estado ni a la de a quién pertenece el texto constitucional. Todo lo más se ha indagado acerca de la naturaleza de ese sujeto en relación con la atribución al mismo de la soberanía, esto es, sobre si aquél tiene un carácter abstracto

(soberanía nacional) o concreto (soberanía popular), si corresponde a una unidad homogénea culturalmente o a la suma heterogénea de diversas nacionalidades, etc..., o acerca de los concretos requisitos para el ejercicio de los derechos de participación política, pero unas y otras cuestiones siempre se han tratado al margen de su abstracta e intrínseca relación con la pertenencia al pueblo de un Estado democrático. Incluso aunque la diferenciación funcional del ordenamiento jurídico como un subsistema social autorreferente y positivizado no admita más soberanía que la de propio sistema jurídico, representado en la Constitución como su norma suprema, y convierta a las fórmulas soberanistas en concreciones del principio democrático en relación con la forma de creación normativa, sigue siendo necesario saber qué súbditos considera la Constitución integrados en el sujeto colectivo nacional de la soberanía y con qué criterios les permite participar en los procesos normativos que pueden desarrollar o disponer de su contenido.

Además, las pocas veces que se utilizan los términos nacionalidad y ciudadanía se hace de forma sinónima o concéntrica, desconociendo su diferente funcionalidad en el ordenamiento jurídico o, cuando menos, su diversa configuración jurídico-constitucional, a lo cual contribuye —como se podrá apreciar en este volumen— que en diversas lenguas, como el inglés o el italiano, sea habitual el uso de la expresión *citizenship/cittadinanza* para referirse tanto a la nacionalidad (ciudadanía formal) como a la ciudadanía (material). Por otro lado, los estudios filosófico-jurídicos y socio-políticos existentes suelen centrarse en la ciudadanía como cualidad activa de la persona, que a través de la posesión de una serie de derechos y deberes participa en la vida política, social y económica de la comunidad, mientras que los estudios jurídico-constitucionales se centran en el ejercicio del derecho que constituye su contenido más nuclear, el de sufragio, pero dejan desatendida la relación existente entre la nacionalidad y la ciudadanía, entendida la primera como cualidad formal de la persona que le adscribe a un colectivo humano sobre el que ejerce su poder el Estado, y la segunda como proceso jurídico de integración del individuo en las distintas esferas de participación social, y especialmente en la política. Sin ver la naturaleza jurídica y funcional de esa relación es muy difícil desentrañar la correcta configuración normativa que el Estado constitucional democrático le ha dado a una y otra categoría.

Lo cierto es que la forma de definir quiénes componen el sujeto colectivo de la soberanía es algo que puede modificar sustancialmente el aspecto y el

funcionamiento democrático del ordenamiento jurídico. Así, si la definición de quiénes forman parte del pueblo del Estado fuese ajena y previa a su Constitución democrática, se podría llegar a la paradoja de que el ordenamiento fuese democrático en su interior respecto a la mayor parte de los sujetos (nacionales) a los que les es aplicable, y por el contrario tiránico en su exterior respecto a una minoría —variable— de sujetos residentes (extranjeros) a los que también podría llegar a obligar. Por eso, la correcta comprensión del funcionamiento del Estado constitucional democrático no es ajena al sentido que tengan las nociones de nacionalidad y ciudadanía, a cuyo través se ha venido definiendo históricamente el sujeto al que se imputa la soberanía. La cuestión, aun compleja, tendría más fácil solución si la definición de quienes componen el Pueblo del Estado se pudiese realizar de una vez para siempre en el momento fundacional y éste tuviese un carácter más o menos estático e indefinido en el tiempo, como se ha conseguido mayoritariamente con la definición de las fronteras del territorio del Estado. Ello, sin embargo, no es así. El Pueblo o la Nación, aun concebidos como colectivos abstractos de imputación de la soberanía, han de reflejar de la forma más fidedigna posible, por exigencias del principio democrático, el conjunto de individuos sometidos al ordenamiento jurídico a los que se atribuye el ejercicio del poder, con lo que han de tener un carácter dinámico; de él entran y salen diversas personas del mismo modo que entran y salen del territorio sobre cual el Estado ejerce su poder. Esta última entrada y salida del territorio es también un criterio a tener en cuenta en la definición de quiénes pertenezcan al pueblo del Estado, dado que aquellos sujetos que han logrado entrar, lícita o ilícitamente, pasan a estar sometidos al ordenamiento jurídico vigente en el territorio que habitan, si bien con distinta intensidad. Por eso, no sólo son relevantes los criterios de pertenencia aplicables a los originarios integrantes del pueblo del Estado, sino sobre todo los criterios aplicables a quienes, como consecuencia de su nacimiento ulterior o de su inmigración, se han convertido en súbditos y reclaman legítimamente la cualidad de partícipes en el ejercicio de la soberanía. Se trata en último extremo de indagar, a través de la relación existente entre nacionalidad, ciudadanía y democracia como conceptos jurídicos, la respuesta a la pregunta de ¿a quién pertenece la Constitución? Se adelanta ya una respuesta que creemos se deja entrever del conjunto de trabajos que componen este volumen: una Constitución democrática, como la española de 1978, pertenece en diversos grados a todos los que están sujetos al ordenamiento del

que ella es cúspide, pues la misma habilita a todos sus súbditos a participar en los diversos ámbitos de comunicación social (económica, política, cultural, etc...) objeto de regulación jurídica, aunque unos tengan mayores capacidades de disposición sobre su contenido que otros según su mayor o menor grado de sujeción al ordenamiento. La nacionalidad y la ciudadanía van a servir para medir respectivamente ese grado de sujeción del individuo a dicho ordenamiento constitucional y su correlativa capacidad de participación social, contribuyendo al mantenimiento de la diferenciación funcional externa (frente a otros ordenamientos estatales) e interna (frente a otros sistemas de comunicación social como la moral, la economía, la política, etc...) del ordenamiento estatal.

De cuál sea la concepción que se tenga de la nacionalidad y la ciudadanía: política y prejurídica o jurídico-positiva, funcionalmente idénticas o diferentes, relacionadas entre sí como círculos concéntricos o como círculos secantes, resultará una u otra caracterización de la comunidad política: étnico-cultural o político-voluntarista, cerrada o abierta, democrático-identitaria o democrático-consensual. Y ello depende, en último extremo, no sólo de cuáles hayan sido los modelos históricos en los que se haya apoyado el ordenamiento constitucional vigente a la hora de regularlas, sino también de cómo se ocupe de ellas, esto es, de cuál sea la incidencia que posea sobre ellas el principio democrático tal y como haya sido configurado actualmente por cada texto constitucional.

El significado del principio democrático ha variado sensiblemente con respecto al que le atribuían tanto la teoría política clásica grecolatina como la teoría política liberal revolucionaria de los siglos xvii y xviii. En este sentido, se ha asentado en los textos constitucionales, incluido el nuestro, la comprensión del principio democrático como la exigencia de que los sometidos al poder estatal puedan participar de forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos, lo que conlleva un cambio en la comprensión del dogma de la soberanía colectiva. En efecto, con la culminación del proceso de diferenciación funcional del sistema jurídico, las Constituciones, a pesar de incluir todavía las tradicionales formulaciones soberanistas revolucionarias, han renunciado a través de su autorreferencialidad y positividad a encontrar justificaciones metapositivas a su validez, debiendo aquellas fórmulas ser reinterpretadas en consonancia con el nuevo significado del principio democrático como concreciones de éste respecto de la estructura general de la creación normativa.

Ello explica, de un lado, que la función de la nacionalidad y la ciudadanía pueda ser muy distinta de aquélla función política con la que originalmente nacieron y que venga determinada por su plena juridificación. Pero, además, de otro lado, explica que en un sentido estricto la nacionalidad y la ciudadanía sólo adquieran su auténtica funcionalidad jurídica a partir del nacimiento del Estado constitucional moderno y hayan evolucionado paralelamente a la evolución de éste. Así, por lo que se refiere a la comprensión funcional de la ciudadanía, su incidencia en la titularidad de los derechos fundamentales ha de llevar a incluir dentro de ésta, además de los tradicionales derechos políticos, todos los derechos civiles o sociales que facilitan la participación del individuo en diversas esferas sociales conectadas con la estricta participación política, pero también a extender buena parte de los derechos políticos a los extranjeros residentes. Igualmente, el significado constitucional del principio democrático incide en la nacionalidad, pues restringe la presunta libertad del legislador para definir las condiciones de ingreso en el sujeto colectivo nacional de la soberanía, sometiéndola a ese nuevo significado de la democracia y cambiando, con ello, buena parte de los rasgos tradicionales de aquélla y de su equiparación a la ciudadanía. Todo esto ha de tener con toda certeza una poderosa influencia en la situación de los extranjeros residentes en España que desean no sólo ejercer aquella parte de la ciudadanía de titularidad universal, sino también adquirir la nacionalidad española para, con ello, participar plenamente como ciudadanos en la vida política y jurídica de nuestro país. Además, mientras la ciudadanía cosmopolita siga siendo una gran utopía, es necesario reinterpretar —cuando no reformar— el significado jurídico de las categorías de la nacionalidad y la ciudadanía para adaptarlo a las funciones que debe desempeñar una estructura estatal en transformación cada vez más democrática y cuyas fronteras territoriales y personales se van ampliando como consecuencia de la creación de Estados federales y de organizaciones supranacionales de carácter paraestatal como la Unión Europea. A los viejos y a los nuevos modelos de ordenamientos segmentados territorialmente siguen siendo aplicables los institutos de la nacionalidad y la ciudadanía, pero se requiere una readaptación de su significado a las peculiaridades de su funcionalidad jurídica en una organización estatal con nuevas y propias características.

Al análisis de todas estas cuestiones que afectan a las distintas facetas de la nacionalidad y la ciudadanía se dedica este volumen de Fundamentos. Por primera vez, se ha optado por el carácter plurilingüe del volumen por

varias razones: la primera y más relevante, que hoy en día los investigadores europeos del Derecho constitucional que se precien deben estar en condiciones de entender y manejar textos en inglés y francés, pues la globalización jurídica y el manejo del derecho comparado lo demandan, siendo el italiano, también una lengua de fácil comprensión para los hispanoparlantes. Además, en segundo lugar, se evita así la traducción de los trabajos, que junto a elevados costes, si se quiere realizar con calidad científica, supone siempre una cierta pérdida de integridad y fidelidad a la idea original que se pretende transmitir.

El volumen consta de diez estudios y se ha estructurado en dos partes: una primera sobre los integrantes de la Nación/Pueblo, compuesta de cinco estudios, en la que se analizan la evolución histórica, la interacción y el significado actual de los institutos de la nacionalidad y la ciudadanía en la definición de quiénes integran el Pueblo/Nación como sujeto colectivo abstracto al que se atribuye la soberanía democrática; y una segunda parte sobre la configuración constitucional de la ciudadanía democrática, compuesta de otros cinco trabajos, que abordan los cambios, implicaciones y problemas que se le plantean al Estado constitucional-democrático en la actualidad a la hora de dotar de contenido iusfundamental a la ciudadanía, de combinar los diversos niveles de participación ciudadana que existen o en fin de preservar los valores culturales de una ciudadanía democrática frente a los retos de la multiculturalidad.

En lo que se refiere al primero de los trabajos, el profesor Pietro Costa, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Florencia, bajo el título de «Nazione, Diritti Stato», trata de analizar críticamente desde una perspectiva histórica el nexo existente entre la idea de nación y el concepto de Estado moderno. Para ello el profesor Costa remonta su análisis al período preestatal medieval y renacentista, que denomina «prehistoria de la nación», mostrando cómo el término nación no era políticamente relevante —solo lo era culturalmente— y la pertenencia que determinaba la condición de ciudadano era una pertenencia plural y particular a una concreta clase social y a la jurisdicción de un determinado señor feudal o monarca, hasta el punto de que el ciudadano coincidía con el súbdito (con varios tipos de súbditos). Solo la aparición del universalismo de los derechos del individuo, ínsito en las revoluciones de finales de los siglos XVII y XVIII, subvierte esta lógica premoderna y conlleva una redefinición del término nación, que pasa a ser el lugar en el que se concreta la norma universal de libertad revolucio-

na y las declaraciones universales de derechos, lo que la convierte en titular de la soberanía y en símbolo de legitimación del proceso revolucionario. Ahora bien, a pesar de que en un primer momento se presente a la nación como expresión de una pretensión iusnaturalista universal y como altavoz mundial del mensaje revolucionario de los derechos, la propia existencia y configuración territorialmente segmentada de aquélla, estrechamente vinculada a la legitimación de un concreto aparato del Estado, termina por imponerse al calor de las tensiones existentes entre los distintos países europeos y ello impregna tanto el devenir de la nación como las funciones de la nacionalidad y la ciudadanía en tanto que sus instrumentos configuradores, como ponen de relieve el primer constitucionalismo francés, alemán italiano e incluso español. En opinión del profesor Costa, sucede con ello que el proceso de nation-building se vincula con el proceso del state-building en muchos países europeos durante la segunda mitad del siglo XIX, y aunque las diferencias entre unos países y otros respecto de los criterios de pertenencia a la nación (nacionalidad) son grandes (ius sanguinis y ius soli se combinan de diversas formas) ello no afecta a la lógica de fondo: que se identifica el orden político jurídico primordialmente con el Estado-nación y que éste es el fundamento de los derechos individuales, decidiendo el grado de universalismo (los derechos civiles para toda persona que habita en el territorio nacional) y el grado de particularismo (los derechos políticos para los integrantes de la comunidad nacional) con el que se quieren reconocer. El paroxismo de este entendimiento de la pertenencia y la radicalización naturalizadora del vínculo identitario de la nación encuentran su máxima expresión en los totalitarismos que arrasan Europa en la primera mitad del siglo XX, hasta el punto de convertir en ilegítimo el discurso de los derechos. Solo tras la segunda guerra mundial nacen en Europa nuevos ordenamientos constitucionales que, como contrapunto a dichos totalitarismos, toman cierta distancia del Estado-nación, comienza a relativizar su soberanía y recuperan para la ciudadanía el universalismo de los derechos de base iusnaturalista, sobre todo con la Declaración de Derechos humanos de las ONU de 1948. Y también a partir de ello se construyen nuevas formas supra-estatales de organización política, como la Unión Europea —sobre todo tras el Tratado de Maastricht—, pero también sub-estatales, como la federalización y descentralización territorial de muchos Estados europeos, que poseen una decidida aunque controvertida incidencia sobre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, convirtiendo la pertenencia que estos términos

reflejan en plural (europea, nacional, regional, local) y no exclusiva como en el Estado-nación del siglo XIX. Lo que no obsta, en opinión del profesor Costa, para que aún no sea posible saber si esta mera retórica universalista de los derechos es suficiente para crear el sentimiento de identidad colectiva que se necesita para el mantenimiento de la estructura del orden político como la que aportaba el concepto inclusivo de nación.

En el segundo de los estudios de la primera parte del volumen, el Profesor Benito Aláez Corral, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, bajo el título «Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la Nación/Pueblo» argumenta la diferente función constitucional que desempeñan la nacionalidad y la ciudadanía respecto del ordenamiento jurídico contemporáneo, y la conveniencia de mantener solo parcialmente el vínculo histórico existente entre ambas. Al mismo tiempo, trata de exponer cómo la ciudadanía ha ido ampliando su contenido en los Estados constitucional-democráticos —abarcando no sólo derechos políticos, sino también derechos civiles y derechos sociales— y cómo también se han ido reformulando, a la luz del principio democrático, los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad, así como los de ejercicio de algunos derechos de ciudadanía, especialmente de los relativos a la participación política, pasando con ello de un originario proceso decimonónico de nacionalización de la ciudadanía a un proceso de civilización (democratización) de la nacionalidad. En resumidas cuentas, el trabajo intenta demostrar, con apoyo en la regulación constitucional y legal española, pero también del derecho constitucional comparado, cómo la nacionalidad ha de ser vista como el vínculo legal que une al individuo con un ordenamiento jurídico soberano, integrándole en el colectivo estable y permanente de súbditos, mientras que la ciudadanía, por su parte, se debe concebir como una pluralidad de situaciones jurídicas a través de las cuales el ordenamiento jurídico permite la integración del individuo en las diversas esferas de comunicación social jurídicamente regladas. La vigencia del principio democrático en los Estados constitucionales contemporáneos exige por lo general, además, que esta integración sea correlativa de la afectación del individuo por el ordenamiento jurídico que disciplina los distintos ámbitos de comunicación social, por lo que solo estará justificado democráticamente utilizar como criterio de ejercicio de algunas facetas de la ciudadanía —especialmente las políticas—, junto con la residencia, el requisito de la nacionalidad que refleja una más intensa afectación jurídica, allí donde se trate de participar



directa o indirectamente en el ejercicio del poder político con la más amplia capacidad de decisión jurídica —el ejercicio de la competencia sobre las competencias—, tanto espacial (en todo el territorio nacional) como personal (dentro o fuera del Estado, allí donde vaya la persona) o incluso temporalmente (no solo sobre las generaciones vivas sino también sobre las generaciones futuras).

El tercer estudio, a cargo de Matthias Bös, Catedrático de Sociología de la Universidad de Marburg, y de Verónica Schmid, Colaboradora Científica de la misma Universidad, titulado «National identity, ethnic heterogeneity and the new culturalization of citizenship» se ocupa desde una perspectiva teórico-sociológica del análisis del concepto de identidad nacional y del rol que juega la etnicidad en el uso de la nacionalidad y la ciudadanía para la construcción más o menos homogénea del sujeto colectivo del Estado-nación. Los profesores Bös y Schmid sostienen que se comienza a cuestionar socialmente la idea de la estanqueidad étnico-nacional del Estado desde el momento en que la pertenencia al mismo a través de cualquiera de sus dos instrumentos de articulación (la nacionalidad y la ciudadanía) es percibida como algo que se debe obtener y aprender por el individuo, y no como algo innato o congénito a éste, aunque al mismo tiempo esa pertenencia se tienda a construir discursivamente sobre la base de criterios étnico-culturales. En efecto, en su opinión, la idea de una identidad nacional étnicamente homogénea a partir de la cual se construye filosófico-políticamente el Estado-nación se asienta en un nacionalismo metodológico erróneo, que con el tiempo se va haciendo más y más contrafáctico (puesto que con los masivos flujos migratorios posteriores a la segunda guerra mundial las sociedades europeas son étnicamente cada vez más heterogéneas), y que no distingue adecuadamente desde un punto de vista sociológico los términos de Nación y de Estado. Tras un análisis de la nacionalidad y la ciudadanía como los dos instrumentos de inclusión y exclusión social en el Estado-nación, Bös y Schmid analizan las transformaciones que ambas categorías han experimentado como consecuencia de la mercantilización neoliberal de la vida social, sobre todo como consecuencia de la pérdida de significado de las instituciones de gobierno estatales. Consideran que a raíz de ello los Estados-nación europeos occidentales están sometidos a nuevos procesos de formación de su identidad, conforme a los cuales la lógica liberal del mercado determina los criterios de pertenencia a la Nación, y que éstos no son étnicamente atribuibles sino meramente alcanzables tras un proceso de

asimilación cultural en el que el buen ciudadano es aquél económicamente independiente y activo. Ello tiene como consecuencia que la nacionalidad y la ciudadanía pierdan sus sentido tradicional: un nacional que no cumpla esa función de integración económica asignada al ciudadano se convierte en un ciudadano virtual pero no real, y a la inversa los extranjeros inmigrantes con buena posición económica pueden disfrutar de una mejor posición como ciudadanos que la que tiene el nacional económicamente desfavorecido.

El cuarto estudio del volumen corre a cargo de la profesora Linda Bosniak, Catedrática de Derecho de la Universidad de Rutgers (EEUU), y está constituido por un trabajo titulado «Citizenship denationalized» que ya había sido publicado a principios de la década de 2000 en los EEUU, pero que merece la pena incluir aquí por su carácter pionero a nivel mundial en el cuestionamiento de la nacionalización de la ciudadanía y porque sigue siendo un trabajo de referencia en la materia. Estimulada por la polémica declaración de Martha Nussbaum, que se definió a sí misma como «ciudadana del mundo» en los noventa del siglo XX, y por la controversia que aquella declaración generó en los EEUU, la profesora Bosniak trata de demostrar en su trabajo cómo el Estado-nación no es el único ámbito en el que se desarrolla la ciudadanía (material), sino que algunos aspectos de la misma se han convertido en transnacionales o postnacionales y, con ello, se han desnacionalizado, convirtiendo además esta desnacionalización no solo en un hecho sino en una propuesta normativa de futuro en la que avanzar en la configuración normativa de la ciudadanía. Para ello, Linda Bosniak analiza la desnacionalización que *de facto* han experimentados algunos aspectos de la nacionalidad (ciudadanía como estatus legal) y de la ciudadanía (ciudadanía como conjunto de derechos). Concluye al respecto que la nacionalidad continúa siendo una empresa nacional dirigida a lograr la clausura del grupo social, a pesar de algunos cambios como la aparición de ciudadanía supranacionales (la de la Unión Europea) o de múltiples nacionalidades (de varios Estados-nación), pero que la ciudadanía, entendida como el conjunto de derechos que permiten al individuo su plena pertenencia a la comunidad, se ha desnacionalizado en buena parte sobre todo de la mano del derecho internacional de los derechos humanos (universal y regional), a pesar de las limitaciones de la eficacia normativa de este sector del ordenamiento. Esta tendencia a la desnacionalización afecta, para Bosniak, incluso a los derechos políticos de la ciudadanía, sobre todo si se tiene en cuenta que la participación política no se reduce exclusivamente a la participación

electoral sino que tiene lugar en muchos otros ámbitos de la vida social y política ajenos al Estado, muchos de ellos transnacionales.

En el quinto y último estudio de la primera parte del volumen, el profesor Danilo Zolo, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Florencia, bajo el título «Da cittadini a sudditi», analiza la regresión política que en su opinión sufren hoy en los Estados sociales y democráticos de derecho occidentales como consecuencia de cuatro cambios que se han producido en el sistema político y económico dentro del cual se desenvuelve la ciudadanía, y que conducen a que el aspecto formal de la pertenencia al pueblo (la nacionalidad) carezca cada vez más de relevancia y que el aspecto material de esa pertenencia (la ciudadanía) esté perdiendo su contenido emancipador y apoderador del individuo, que cada vez es más súbdito y menos ciudadano (soberano). Uno de esos cambios hace referencia, según el profesor Zolo, al tránsito hacia una sociedad postindustrial dominada por las revoluciones tecnológicas y por las fuerzas económicas del mercado global que acentúan las desigualdades sociales a nivel planetario. Vinculado a ello, en segundo lugar, la democracia parlamentaria está dejando paso a la «videocracia» y a la «sondeocracia» que se basan en la lógica de la publicidad comercial y no en la lógica de la representación, contaminando con ello el código político con códigos multimedia y colocando en el centro como sujetos políticos a las élites de empresarios electorales en lugar de a los partidos. Ello lleva, en tercer lugar a que se invierta la relación entre controladores y controlados: son los sujetos políticos que poseen el poder comunicativo de los medios de comunicación de masas los que se superponen a los ciudadanos, influyen sobre ellos y los convierten en súbditos del mercado, y no a la inversa. El cuarto cambio que experimentan estas estructuras políticas y económicas acontece, en opinión de Zolo, en el plano internacional, en el que se han descompuesto los equilibrios geopolíticos y geoeconómicos que existían tras la segunda guerra mundial, y se han sustituido por una «constitución imperial» en el que el poder internacional, sobre todo el militar, tiende a concentrarse en los EEUU, con la consiguiente merma de garantía de los derechos humanos no solo en los múltiples regímenes estatales despóticos sino también en muchos de los ámbitos en los que actúan las potencias dominantes. A pesar de este panorama pesimista, Zolo mantiene una actitud positiva para recuperar el terreno perdido y colocar al ciudadano de nuevo por encima del poder. Pero, para ello, más que abogar por la introducción de una ciudadanía cosmopolita, con la definitiva

desaparición de la nacionalidad y la ciudadanía nacional —lo que no haría más que reforzar los perniciosos cambios antes descritos—, considera más adecuada la reconstrucción de las instituciones democráticas estatales que ha de discurrir paralela a la lucha por los derechos de los ciudadanos, especialmente por los derechos políticos, a través del conflicto social en el plano nacional, y la búsqueda en el plano internacional de un macro-regionalismo multipolar a través, por ejemplo, de instituciones como la Unión Europea que reequilibren la prepotencia imperial de los EEUU.

La segunda parte del volumen se inicia con un estudio del profesor de Derecho Constitucional Miguel Ángel Presno Linera, Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de la Universidad de Oviedo, que lleva por título «Democracia ciudadana y ciudadanía democrática». Su trabajo analiza el tránsito del Estado liberal, fundado sobre la soberanía nacional, la legitimidad racional y la distinción entre ciudadanos activos y pasivos, hacia un Estado democrático, construido sobre la soberanía popular, la legitimidad democrática y la necesaria, aunque todavía no lograda, desaparición de la diferencia jurídico-política entre ciudadanos activos y pasivos, entre nacionales y extranjeros. Partiendo, con Kelsen, de que la experiencia política más reciente demuestra que los derechos políticos no tienen que estar necesariamente vinculados a la nacionalidad y, con Habermas, de que la nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación, el profesor Presno Linera entiende que si, como sucede en las modernas democracias avanzadas, los individuos que se encuentran sometidos de forma continuada al ordenamiento jurídico no son solo los nacionales, la comunidad política no puede seguir organizándose, a diferencia de lo que ocurre todavía en la mayoría de los Estados, a partir de la reconducción del demos ciudadano al *ethnos* nacional, a esa «patria común e indivisible de todos los españoles» (artículo 2 de la Constitución española) entendida, natural e históricamente como un destino. La comunidad política ha de organizarse más bien, según el razonamiento expuesto por el autor, desde la concepción del «patriotismo constitucional» que, como es conocido, consiste en la creación de un sentimiento de pertenencia a una comunidad asentado sobre la adhesión a los valores democráticos y el respeto a los derechos reconocidos por la Constitución. Una democracia avanzada debe serlo de afectación, y no de identidad, y reconocer a los ciudadanos sujetos de manera permanente a un

ordenamiento, y no a los nacionales que residen en otros Estados, la capacidad de ejercer activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación.

En el segundo de los estudios que componen esta segunda parte del volumen el profesor Ignacio Villaverde, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, bajo el título «La ciudadanía borrosa. Ciudadanías multinivel», se propone esbozar las líneas básicas de lo que habría de considerarse una teoría de la ciudadanía multinivel ligada al territorio, enmarcándose para ello dentro del novedoso esquema categorial de la borrosidad jurídica que había iniciado el profesor Francisco Bastida Freijedo con su estudio «La soberanía borrosa: la democracia», publicado en el primer número de esta colección de Fundamentos. Según sostiene el profesor Villaverde, la nacionalidad como criterio de la concesión de la ciudadanía no se concilia plenamente con el principio democrático, que exige, como entiende el autor, que la condición de ciudadano se reconozca a quien esté arraigado en un territorio cuyas normas le sujetan y en cuya creación y aplicación debe participar. De esta forma, considera el autor, la ciudadanía debe considerarse como un estatus ligado a la titularidad de derechos fundamentales cuya eficacia se proyecta escalonadamente sobre los distintos niveles territoriales dotados de autonomía por la Constitución, y en cuyo ámbito se reconoce a diferentes órganos la facultad para crear y aplicar normas jurídicas. La teoría de la ciudadanía «multinivel» propuesta por Villaverde consiste justamente en eso: en las facultades que los derechos fundamentales reconocen a los ciudadanos para participar, en el marco de su objeto, contenido y límites, en la creación y aplicación de las normas en los diferentes «niveles territoriales». De todos modos, aunque el principio democrático no se concilie plenamente, según las líneas expuestas por Ignacio Villaverde, con el criterio de la nacionalidad, matiza el autor que este concepto jurídico desempeña, sin embargo, una relevante función en los modernos ordenamientos jurídicos en orden a definir una manera determinada de estar sujeto a ellos. La nacionalidad definiría un estatus jurídico ligado a la territorialidad de los ordenamientos estatales. Sin embargo, a través suyo no cabe definir quién sea ciudadano del Estado, en la medida en que la ciudadanía es una cuestión de democracia y ligada al ejercicio de la soberanía, mientras que la nacionalidad es un concepto jurídico que delimita a quienes, siendo ciudadanos, están sujetos de una forma determinada al ordenamiento estatal. De este modo, para el autor, la nacionalidad

se vincula solo a uno de los múltiples niveles de la ciudadanía de los que ésta se compone en función del modo de ejercicio de la soberanía que por mor del principio democrático puede graduarse de formas diversas.

Las relaciones y tensiones entre la nacionalidad y uno de los niveles de la ciudadanía, el europeo, aparecen analizadas en el tercer estudio de la segunda parte de este volumen a cargo de la Profesora María Fraile, profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, titulado «La ciudadanía europea (entre paréntesis)». La profesora Fraile procede a un exhaustivo análisis de la jurisprudencia vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la finalidad de señalar la amplitud con la que éste ha venido interpretando el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 9 del Tratado de la Unión Europea (TUE) en los que se define la condición de «ciudadano de la Unión Europea». María Fraile se detiene, en concreto, en señalar la progresiva cesura que el Tribunal de Justicia ha tratado de establecer entre los status de nacionalidad y de ciudadanía europea, particularmente a través de la jurisprudencia vertida sobre la interdicción de la discriminación por razón de la nacionalidad. Esta jurisprudencia está ligada no sólo al disfrute de las libertades comunitarias de circulación y establecimiento, sino también a los mecanismos de adquisición de la condición de ciudadano europeo a los efectos de disfrutar del estatuto jurídico que lleva aparejado y su extensión a quienes, estando ligados por parentesco a un ciudadano europeo, no son nacionales de ninguno de sus Estados miembros. La profesora Fraile se detiene en tres de los más relevantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre la materia: los casos Rottman, Zambrano y Zhu-Chen. En ellos, el Tribunal de Justicia desarrolla una elaborada doctrina según la cual la condición de ciudadano europeo no está ni debe encontrarse ligada necesariamente a la condición de nacional de cada Estado miembro. Con ello se persigue, como apunta la autora, que la definición del status de ciudadano europeo no se encuentre a disposición de los Estados parte de la Unión Europea y consecuentemente a sus normas sobre la nacionalidad, algo que ya había apuntado la teoría de la ciudadanía multinivel desarrollada por el profesor Ignacio Villaverde en su trabajo antes mencionado. De esta forma, en opinión de la profesora Fraile, con ayuda del empleo del denominado «efecto útil» de la normativa sobre ciudadanía europea, el Tribunal de Justicia habría desligado ese estatus de la nacionalidad y habría extendido sus beneficios más allá de lo que podría resultar de la ecuación

jurídica según la cual sólo son ciudadanos de la UE quienes son nacionales de sus Estados parte.

En el cuarto de los estudios de esta segunda parte del volumen, la profesora Danièle Lochak, Catedrática emérita de Derecho de la Universidad Paris X Nanterre-La Defense, bajo el título «*Identité nationale et intégration des immigrés. Le «modèle republicain» contre les droits des étrangers*», analiza sutil y críticamente el uso del concepto de integración en las políticas de extranjería a partir de la reciente experiencia histórica francesa y de algunos modelos contemporáneos europeos. Al hacerlo constata cómo la paulatina vinculación de dicha integración de los inmigrantes a una identidad nacional y a un modelo republicano de integración, que asume esa identidad nacional y la refleja en los llamados «contratos de recepción e integración», tiene como efecto que la integración aparezca como un instrumento asimétrico que se utiliza contra los inmigrantes como mecanismo de asimilación para la preservación de la identidad nacional y no como un mecanismo de inserción en la comunidad de acogida. Así, la integración de los inmigrantes en Francia ha pasado en los últimos treinta años de ser un objetivo formal a alcanzar, pero materialmente desatendido y no desarrollado por la política de extranjería, a convertirse en un requisito condicionante de la licitud y regularidad de la estancia y residencia de los extranjeros en el país. Es decir, de ser un elemento pensado a favor de los inmigrantes para facilitar su pertenencia a la comunidad en la que habitan ha pasado a ser un instrumento que se esgrime en su contra como condicionante de su presencia en dicha comunidad y que, incluso, amenaza con convertirse en una excusa —la falta de integración— para justificar su expulsión. Dos factores parecen haber contribuido, según la profesora Lochak, a esta transformación del concepto de integración. De una parte, el que desde un principio su realización concreta ha estado obstaculizada por su coexistencia dentro de la política de inmigración con un número creciente de disposiciones represivas de control de los flujos migratorios, que exigían cada vez más requisitos para la estancia y residencia en el país, uno de los cuales termina siendo la integración, que es utilizada como coartada para precarizar el acceso a los permisos de estancia y residencia. De otra parte, su vinculación a un modelo republicano de identidad nacional que, considerando a los inmigrantes una minoría peligrosa para dicha identidad nacional, trata de preservar ésta mediante la exigencia de la asimilación de valores político-culturales tanto en materia de extranjería —a través de un



falso contrato de integración en el que solo una parte contrata—, como en materia de adquisición de la nacionalidad francesa, con la finalidad de conjurar el fantasma del comunitarismo proveniente de las minorías culturales.

En el quinto y último trabajo de la segunda parte del volumen, titulado «Dilemas jurídicos en la educación en una Europa multicultural. Formar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental», el profesor Leonardo Álvarez, Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, analiza la reciente problemática que ha planteado en Europa la contradictoria jurisprudencia vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2009 y 2011 en torno a la presencia del crucifijo en la escuela pública, una de las manifestaciones actuales de los conflictos que suscita el ejercicio de una ciudadanía multicultural en los países europeos. Tal controversia, como expone el autor, plantea, en primer lugar, la cuestión de en qué valores se ha de educar a los individuos en un sistema democrático y, en segundo lugar, posiblemente la cuestión más relevante de qué tipología de sociedad y de Estado se pretende construir a través de la formación de quienes en el futuro participarán como ciudadanos en la creación de normas del Estado. El 16 de mayo de 1995 el Tribunal Constitucional Federal alemán, en una novedosa y discutida sentencia tanto en Alemania como en Europa, había resuelto que la presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos no satisfacía las exigencias de neutralidad y pluralismo que el principio democrático exigiría del Estado en la educación. Frente a dicha doctrina, el voto particular de tres magistrados entendió que el crucifijo, más que un símbolo religioso, era la expresión de uno de los valores que integraban la tradición cultural occidental y, por tanto, no contravenía la neutralidad que el Estado debía de garantizar en la educación. La comentada sentencia planteaba, en realidad, el dilema de educar en el pluralismo —más vinculado a la ciudadanía participativa— o en aquellos valores que integraban lo que se ha denominado la tradición cultural occidental, es decir, en un supuesto *ethnos* cultural más vinculado a la nacionalidad. Curiosamente este dilema ha vuelto a replantearse ante el TEDH casi quince años después. Sin embargo, lo que en aquel momento representó una tesis jurisprudencial minoritaria, parece haberse erigido hoy en la tesis dominante en Europa. El 18 de marzo de 2011 el TEDH (GS. Lautsi c. Italia), revocando la anterior Sentencia de 13 de noviembre de 2009 (Lautsi c. Italia), determinó que la cruz cristiana, más allá de su significado religioso, simbolizaba los principios y valores que fundan la civilización



occidental. El trabajo del profesor Álvarez trata de poner de relieve cómo tras las diferentes líneas jurisprudenciales en Europa que han resuelto el dilema educativo planteado por el crucifijo se encuentran, en realidad, diferentes modelos de neutralidad: uno multicultural y otro político, tratando de determinar qué modelo de neutralidad es más compatible con el principio democrático a partir de los fines y de los valores que inspiran el mismo y a los que ha de orientarse la educación. Este análisis dogmático pone en tela de juicio que tras la opción de formar en el pluralismo o en los valores de la tradición cultural occidental que ha planteado la jurisprudencia sobre el crucifijo se encuentre un auténtico dilema democrático educativo. La función democrática de la educación puede llegar a realizarse con la presencia, pero también con la ausencia de crucifijos en el aula, algo que depende del grado de heterogeneidad / homogeneidad existente en la sociedad. Por eso, la función democrática de la educación es tanto un problema jurídico como fáctico, cuya resolución, en opinión del autor, le corresponde al legislador, a quien el trabajo le ofrece algunos criterios.

En resumen, se trata de un denso volumen monográfico que ofrece un complejo y rico análisis, desde diversas perspectivas socio-jurídicas, de la conformación y caracterización del pueblo como elemento subjetivo del Estado según la teoría político-constitucional clásica, así como de la nacionalidad y la ciudadanía como los instrumentos a través de los cuales la persona se integra en el mismo y éste se dota de identidad y se caracteriza colectivamente, que esperamos sea del interés de los lectores.



## AUTORES

BENITO ALÁEZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

MATHIAS BÖS

Catedrático de Sociología de la Universidad de Marburg

LINDA BOSNIAK

Professor of Law de la Universidad de Rutgers (Camden)

PIETRO COSTA

Catedrático de Teoría e Historia del Derecho de la Universidad de Florencia

MARÍA FRAILE ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

DANIELE LOCHAK

Catedrática emérita de Derecho de la Universidad París-Oeste- Nanterre La Defense

MIGUEL PRESNO

Profesor Titular de Derecho Constitucional (acreditado como Catedrático) de la Universidad de Oviedo

VERONIKA SCHMID

Colaboradora científica de Sociología de la Universidad de Marburg

IGNACIO VILLAVERDE

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

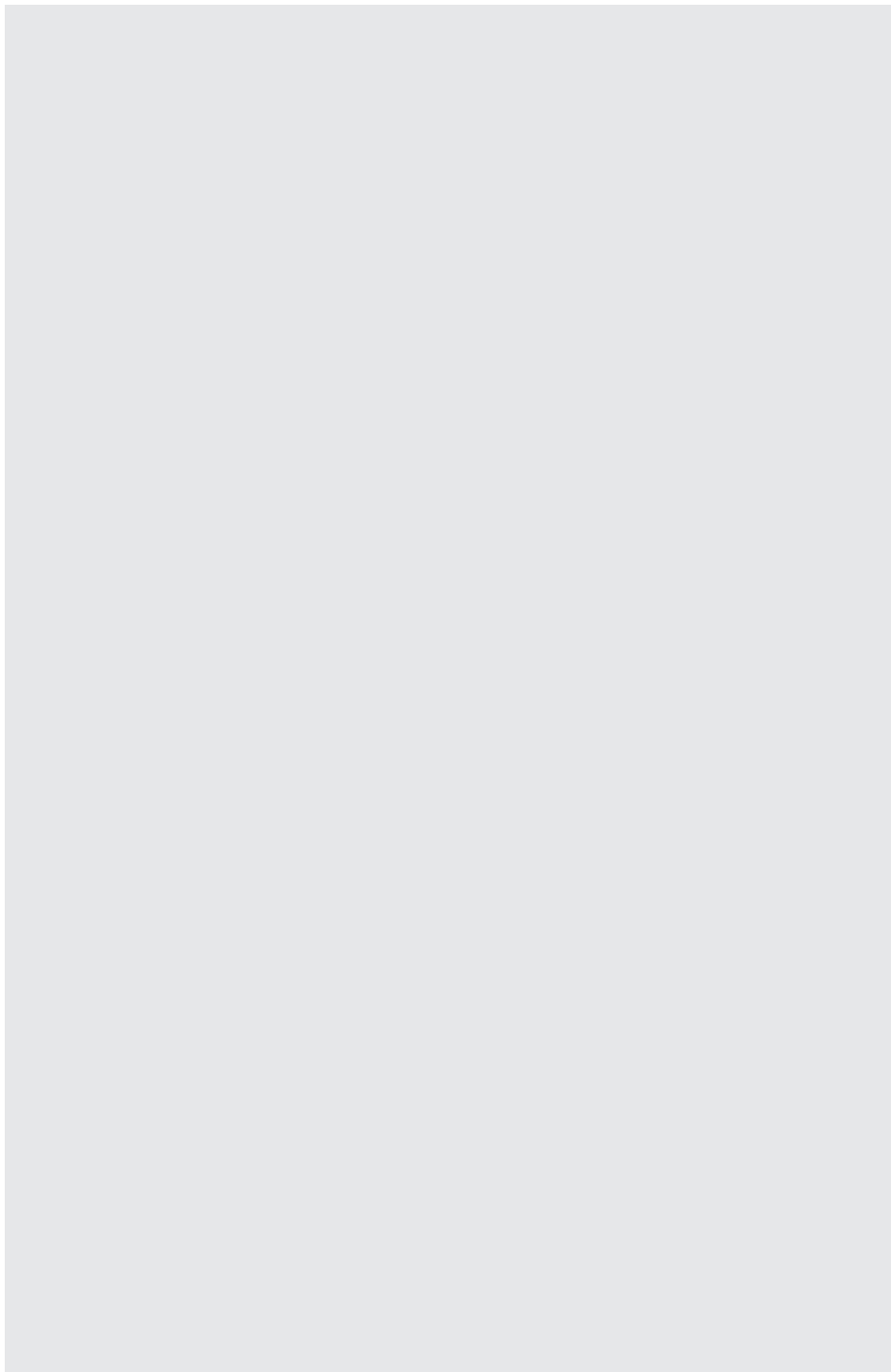
DANILO ZOLO

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Florencia



PRIMERA PARTE:

LOS INTEGRANTES DE LA NACIÓN/PUEBLO

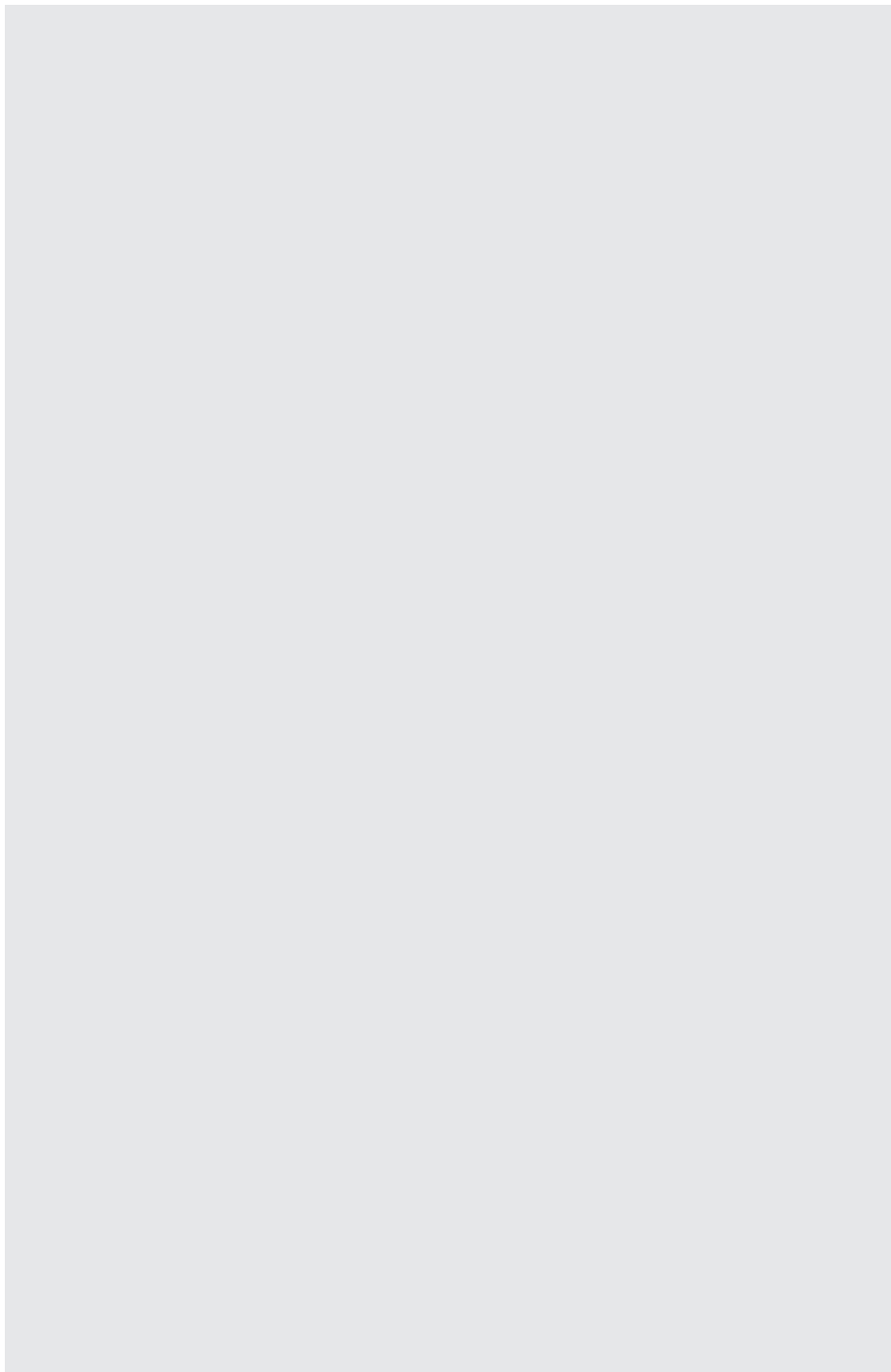


# NAZIONE, DIRITTI, STATO

Pietro Costa

## SUMARIO

1. Premessa
2. Dalla città alla nazione
3. Diritti e appartenenze nelle società di antico regime
4. La ri-definizione di 'nazione' nelle rivoluzioni di fine Settecento
5. La nazione rivoluzionaria fra universalismo e particolarismo
6. Nazione, diritti e Stato nell'Europa del primo Ottocento
7. Nazione, diritti e Stato nel secondo Ottocento
8. Nazione, diritti e Stato nei totalitarismi del Novecento
9. L'universalismo dei diritti e la retorica dell'appartenenza: dalla Dichiarazione del 1948 ai nostri giorni





## I. PREMESSA

Nazione e Stato sono concetti che hanno dominato il pensiero politico-giuridico otto-novecentesco. È fra Otto e Novecento che questi concetti non solo hanno raggiunto l'acme della loro importanza, ma anche si sono proposti come due facce di una realtà unitaria: lo Stato si è accreditato come la forma giuridica di una soggiacente comunità – la nazione – e questa ha trovato nello Stato l'espressione della sua dimensione politica; ed è lo Stato nazionale che ha fornito ai soggetti gli imprescindibili parametri di definizione della loro condizione giuridica.

Ovviamente, la sinergia otto-novecentesca fra 'nazione' e 'Stato' è un fenomeno storicamente determinato: ha un suo punto di origine nel tardo Settecento e va incontro, a partire dal secondo Novecento, a crescenti difficoltà. Lo Stato-nazione, che fra Otto e Novecento occupa il centro della scena facendo leva proprio sul nesso inscindibile delle sue parti componenti, deve oggi fare i conti con una dilatazione crescente dello spazio giuridico, contrassegnato da organismi, al contempo, sovra-statali e multinazionali. Sarebbe però una conclusione affrettata sostenere su questa base l'avvenuto decesso tanto degli Stati quanto delle ideologie 'nazionali' tradizionalmente assunte come fondamento della loro legittimità. Gli Stati continuano a svolgere un ruolo importante sia nei rapporti internazionali che nell'organizzazione delle singole società 'nazionali': è però anche vero che essi, lungi dall'essere gli unici attori sulla scena geo-politica, sono ormai pedine di uno scacchiere più complesso e hanno dovuto rinunciare alla pretesa di valere come fondamento ultimo dei diritti dei soggetti.

Lo Stato-nazione non appartiene a una storia ormai conclusa, ma è un fenomeno ancora vitale, di cui è possibile intendere l'attuale dinamica solo

a patto di ricostruirne la genesi e le trasformazioni. Non è però un compito così impegnativo che posso svolgere in questa sede. Il mio obiettivo è più limitato: mettere a fuoco il punto di innesto fra l'idea di 'nazione' e il concetto otto-novecentesco di 'Stato', tentando di capire in che modo una determinata immagine di identità collettiva (appunto la 'nazione') sia intervenuta nella costruzione e nella legittimazione della forma di organizzazione del potere (lo 'Stato') dominante nella modernità.

Converrà quindi prima ricostruire la genesi dell'idea di 'nazione' e le sue trasformazioni tardo-settecentesche, riflettere poi sugli impieghi che di quel concetto sono stati proposti nel corso dell'Ottocento nella fase della definitiva affermazione degli 'Stati' europei, per accennare conclusivamente ai mutamenti che hanno investito lo 'Stato-nazione' nel secondo Novecento.

## 2. DALLA CITTÀ ALLA NAZIONE

Quanto indietro nel tempo conviene risalire per delineare la storia del termine 'nazione'? Intorno a questa domanda si è sviluppata una disputa, negli anni Ottanta-Novanta del Novecento, fra i fautori di un'origine strettamente moderna del concetto di nazione e i sostenitori delle sue origini antiche<sup>1</sup>. Come spesso accade, alla radice del dibattito (che ha impegnato soprattutto i cultori di discipline sociologiche e politologiche) si colloca un'esperienza familiare a chiunque si occupi di storiografia: la percezione della compresenza di 'tempi' storici diversi, il continuo intrecciarsi di soggiacenti continuità con improvvisi scarti ed evidenti fratture. Vale anche per il tema 'nazione' una doppia esigenza: intenderne la storia valorizzando l'originalità e la determinatezza dei singoli contesti, ma rendersi conto al contempo che nemmeno la più radicale 'rivoluzione' è un azzeramento del passato e che le culture si trasformano attraverso una continua appropriazione e trasformazione creativa di 'tradizioni' anche molto risalenti nel tempo.

Resta ferma comunque un'avvertenza di carattere generale: quale che sia la diagnosi sul rapporto fra tradizione e innovazione, fra continuità e discontinuità, occorre guardarsi dal rischio della reificazione; occorre evitare di trattare le parole (nel nostro caso la parola 'nazione') come 'essenze', come frammenti di realtà capaci di trasmigrare da un contesto storico a un altro rimanendo sostanzialmente eguali a se stessi. Al contrario, ogni società

---

<sup>1</sup> Cfr. E. Gellner, *Nations and Nationalism* (1983), Blackwell, Oxford 2006; A. D. Smith, *The ethnic origins of Nations*, Blackwell, Oxford 1986.

impiega le parole per dar senso al (suo proprio) mondo e rendere possibile l'azione e l'interazione sociale: ogni cultura 'costruisce'<sup>2</sup> la propria visione del mondo; non la inventa però dal nulla: la elabora attingendo a piene mani al passato, utilizzando i materiali delle più diverse (vicine o lontane) tradizioni per fabbricare l'edificio più funzionale alle sue esigenze<sup>3</sup>.

È vero dunque che possiamo trovare in epoche storiche lontane una specifica attenzione a fenomeni per noi riconducibili al termine 'nazione' e, viceversa, rintracciare tracce di antiche esperienze nella modernità. La soglia di discontinuità emerge però con maggiore nitidezza se ci chiediamo non tanto che cosa 'è' la nazione, ma che cosa 'si fa' con questo termine: quali effetti esso produce, quale è il suo impiego in un concreto processo di comunicazione sociale. Il nostro problema è insomma capire quando e come la nazione ha assunto un ruolo specificamente *politico* divenendo una parola-chiave nel processo di potere di una determinata società.

In questa prospettiva, potremmo parlare di una lunga 'preistoria' del termine 'nazione' e di una soglia di discontinuità, di un processo di ridefinizione e rilancio del termine, collocabile nel Settecento, che dà inizio alla storia della nazione come concetto specificamente politico.

Certo, la percezione di differenze significative fra esseri umani, riconducibili alla loro provenienza geografico-territoriale, al loro linguaggio e alle loro abitudini di vita potrebbe essere presentata quasi come una 'costante' storica, che dal mondo antico arriva alla società medievale. Nelle fonti medievali ricorre il termine 'natio' proprio per dar conto di queste differenze: valga l'esempio dell'università di Bologna, i cui studenti, provenienti dalle più diverse e remote regioni d'Europa, erano organizzati facendo riferimento alle loro *nationes* (e *subnationes*) di appartenenza<sup>4</sup>.

È antica e ricorrente in contesti culturali molto diversi anche la tendenza a collegare alle evidenti diversità somatiche, linguistiche, comportamentali l'esistenza di un 'carattere' attribuibile a tutti i membri di una *natio*, di una 'etnia' (se vogliamo usare, per intenderci, un'espressione largamente impie-

---

<sup>2</sup> Mi sembra una proposta ragionevole il 'costruzionismo moderato' descritto da R. Brubaker, *Ethnicity without groups*, Harvard University Press, Cambridge (Mass).-London 2006.

<sup>3</sup> In questo senso anche B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London-New York 1991.

<sup>4</sup> Cfr. ad esempio *Comunità forestiere e «nationes» nell'Europa dei secoli XIII-XVI*, a cura di G. Petti Balbi, GISEM-Liguori, Napoli 2001.

gata in anni recenti<sup>5</sup>); nel Settecento, il tema del ‘carattere’ nazionale diviene il tema portante di opere più o meno celebri: dagli *Essais sur le génie et le caractère de la nation*, di François-Ignace d’Espiard de la Borde alla *Histoire générale et essai sur les moeurs et l’esprit des nations* di Voltaire, per non parlare dell’*Esprit des lois* di Montesquieu e del saggio di Hume, *Of national characters*; ma gli esempi potrebbero essere facilmente moltiplicati.

Le testimonianze sono numerosissime e hanno una loro importanza (se assunte come un gigantesco deposito di ‘materiali’ destinati a essere in un lontano futuro reimpiegati in direzioni radicalmente nuove). Resta però determinante un dato: il termine ‘nazione’ non assume, nel lunghissimo arco di tempo compreso fra il mondo antico e il medioevo, una precisa connotazione politica, così come il lessico politico-giuridico non include ‘nazione’ nel suo *thesaurus*. La cultura politica medievale è interessata, per un verso, al governo dell’uno, alla forma monarchica, incarnata nei *regna* e soprattutto nell’impero (di grande importanza simbolica per tutti – si pensi a Dante – e di forte richiamo per i giuristi, che lo valorizzano come fondamento del *Corpus Iuris*), e, per un altro verso, al fenomeno della città: un microcosmo politico originale che, a partire dal XII secolo, diviene protagonista (nell’Italia centro-settentrionale, ma anche in altre zone d’Europa) di una vera e proprio ‘rinascita’ economica e culturale.

La cultura medievale ha simboli di identità collettiva diversi dalla nazione. Un indispensabile veicolo di identità è innanzitutto la religione, che, da un lato, si proietta nella dimensione (tendenzialmente universalistica) della *christianitas*, ma, dall’altro lato, è anche un determinante momento di aggregazione per le più minute realtà locali. Anche la città rappresenta e legittima se stessa impiegando promiscuamente simboli civili e religiosi (si pensi al culto del santo patrono).

È intorno alla città che si sviluppa un senso dell’appartenenza che ha indotto Jones<sup>6</sup> a parlare (senza forzature) di «patriottismo comunale»: ‘patria’ è infatti un simbolo indubbiamente significativo per la cultura medievale, che accoglie e valorizza l’antico precetto del ‘pro patria mori’; e patria<sup>7</sup> è, per il

---

<sup>5</sup> In particolare a partire da N. Glazer e P. Moynihan, *Ethnicity: Theory and Experience*, Harvard University Press, Cambridge (Mass). 1975.

<sup>6</sup> Ph. Jones, *Economia e società nell’Italia medievale: la leggenda della borghesia*, in *Storia d’Italia, Annali I, Dal feudalesimo al capitalismo*, Einaudi, Torino 1978, p. 262.

<sup>7</sup> E. H. Kantorowicz, *I due corpi del re: l’idea di regalità nella teologia politica medievale* (1957), Einaudi, Torino 1989, pp. 199 ss.

teologo medievale, innanzitutto la Chiesa e la cristianità (per la difesa e la *dilatatio* della quale sarà lecita la *crux ultramarina* – la crociata –) e, in secondo luogo, la città. È la città appunto (non la nazione) che sprigiona tutta la sua forza politica e inclusiva evocando l'antico (e di nuovo attuale) termine di 'patria'. E' in questa esperienza cittadina che trova le sue radici l'umanesimo civico, destinato a fiorire nel rinascimento e ad essere il punto di avvio di quella tradizione repubblicana valorizzata, in tempi recenti, come una delle componenti essenziali della cultura politica dell'Occidente<sup>8</sup>. È una tradizione che celebra (si pensi a Bruni e a Machiavelli) la virtù civica e connette strettamente la libertà alla partecipazione del cittadino alla vita della comunità politica.

È la città la realtà politico-istituzionale di riferimento, mentre la nazione resta ai margini del discorso politico-giuridico. Forse solo in un caso la nazione acquista per un momento una valenza politica che normalmente non possiede: nel caso della guerra, quando l'esigenza primordiale della contrapposizione fra 'noi' e 'loro' induce talvolta ad evocare l'unità della 'natio'; ma anche in questi casi il pathos religioso sembra essere ancora assai più funzionale allo scopo (si pensi, nella penisola iberica, al secolare processo della 'riconquista' o, in Francia, all'epopea di Giovanna d'Arco).

La città è il contrassegno politico-giuridico più originale del medioevo e del Rinascimento, ma certo essa vede decrescere la sua rilevanza politica almeno in alcune zone d'Europa: là dove si afferma (con maggiore precocità e incisività, come ad esempio in Francia e in Inghilterra) quel processo di accentramento che mira a concentrare nel monarca i principali poteri di governo. È una partita lunga e complicata (che va avanti, per la Francia, fino alla rivoluzione), dove le autonomie e le prerogative dei poteri 'periferici' restano a lungo rilevanti<sup>9</sup>. È indubbio però che una diversa geografia

---

<sup>8</sup> Sulla tradizione repubblicana cfr. J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, il Mulino, Bologna 1980; M. Viroli, *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari 1999; Q. Skinner, *La libertà prima del liberalismo*, Torino, Einaudi 2001; M. Geuna, *La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali*, in «Filosofia politica», XII, 1, 1998, pp. 101-32; M. van Gelderen, Q. Skinner (eds.), *Republicanism: A Shared European Heritage*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, voll. I-II; L. Baccelli, *Linguaggi e paradigmi: studi sul repubblicanesimo oggi*, in (a cura di), *Repubblicanesimo e repubbliche nell'Europa di antico regime*, a cura di E. Fasano Guarini, R. Sabbatini, M. Natalizi. FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 21-45.

<sup>9</sup> Cfr. *Dalla città alla nazione. Borghesie ottocentesche in Italia e in Germania*, a cura di M. Meriggi e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1993.

politica sta sorgendo: le città sono ancora importanti, ma sono ormai parti di un organismo più ampio ed articolato.

È in questo contesto (nel contesto delle monarchie che si sogliono chiamare, con espressione che rischia di essere fuorviante, ‘assolute’) che viene a proporsi, in un quadro ormai mutato, il tema della ‘nazione’. Potremmo dire (con una formula sintetica) che la nazione si politicizza nella misura in cui si territorializza: nella misura in cui viene riferita a un nuovo spazio socio-politico. È il complessivo ordine sociale, strutturato gerarchicamente secondo ‘corpi’ e ceti differenziati e culminante nel sovrano (da Bodin in poi celebrato come l’anima e lo ‘spirito vitale’ della *respublica*), a valere ora come il referente politico-giuridico della ‘nazione’<sup>10</sup>. Proprio per questo la nazione (nel lessico inglese o francese sei-settecentesco) è ormai lontana dalla *natio* medievale: potremmo anzi sostenere che popoli diversi (*nationes* nel senso medievale: i bretoni, i normanni, i provenzali ecc.) sono ormai parti di una medesima nazione, perché tutti residenti in un territorio sul quale si esercita il comando del medesimo sovrano. Possono permanere consistenti differenze fra luogo e luogo, fra città e città (e la condizione giuridica dei soggetti può conseguentemente variare) e tuttavia (come aveva lucidamente sostenuto Bodin in una fase ancora precoce del processo di accentramento) il comune denominatore, l’elemento unificante, è l’eguale soggezione di tutti al sovrano: la cittadinanza coincide appunto (come scriveva Bodin) con la sudditanza<sup>11</sup>.

Il cittadino è suddito e come tale appartiene a un ordine politico internamente articolato e gerarchico che culmina nel sovrano. È questo ordine politico che comincia ad essere connotato come ‘nazionale’ e corrispettivamente il termine ‘nazione’ prende ad assumere una valenza politica sostanzialmente assente nella cultura antica e medievale.

Questo mutamento semantico non è però da solo sufficiente a garantire la diffusione del termine ‘nazione’. Il successo di un concetto politico è proporzionale alla possibilità di impiegarlo efficacemente nel vivo di conflitti che mettono in gioco il ruolo e le prerogative degli attori sociali. In Francia, un conflitto importante da questo punto di vista è il braccio di ferro fra i *parlements* e il monarca (fra le corti di giustizia gelose delle loro prerogative

<sup>10</sup> Cfr. E. Fehrenbach, *Nation*, in *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820*, Heft 7, Oldenbourg, München 1986, pp. 75-107.

<sup>11</sup> Cittadino è per Bodin il «suddito libero che dipende dalla sovranità altrui» (J. Bodin, *I sei libri dello Stato*, a cura di M. Isnardi Parente, UTET, Torino 1964, I, vi, p. 265).

e un sovrano impegnato a contrastare le pretese centrifughe dei ceti e dei poteri locali). È per difendere la nobiltà e le sue prerogative che Henri de Boulainvilliers ripercorre la storia di Francia, celebra il ruolo degli *Estates Generales* e introduce la nazione come referente principale del suo discorso. La nazione viene presentata come una totalità strutturata che culmina nel re e tuttavia mantiene una sua autonoma rilevanza. La nazione appare come un'entità collettiva cui i difensori dei *parlements* attribuiscono diritti; diritti che non possono essere travolti legittimamente dal re, dal momento che scaturiscono dalle leggi fondamentali del regno, venute ad esistenza in un lunghissimo processo storico<sup>12</sup>.

Il ricorso alla storia è peraltro una strategia retorica che era stata già adottata in Francia due secoli prima, nell'infuriare delle guerre di religione, per attaccare l'assolutismo monarchico. Ne aveva offerto un celebre esempio il giurista Hotman, che nella sua *Franco-Gallia* (scritta dopo la notte di San Bartolomeo) sosteneva l'inalterata continuità della storia costituzionale del paese: gli antichi *concilia* dei franchi, responsabili dell'elezione come della deposizione dei re, erano i diretti antecedenti degli Stati Generali (l'assemblea rappresentativa dei ceti e delle città). Era il popolo dunque e non il monarca il detentore ultimo della sovranità<sup>13</sup>.

È ancora l'argomento della continuità ad essere impiegato (in un contesto profondamente diverso) dai difensori dei *parlements*: la continuità nello sviluppo di un organismo unitario – la 'nazione', appunto – che include il re come il proprio indispensabile vertice, ma ha anche una propria rilevanza e un proprio ruolo. Nemmeno i fautori dell'assolutismo monarchico, peraltro, negano l'esistenza della nazione, salvo sostenere che è il re a rappresentare (cioè a incarnare, a incorporare in se stesso) la nazione stessa, la sua volontà e i suoi interessi.

Una siffatta dialettica, che si delinea nella Francia settecentesca in occasione del conflitto fra *parlements* e sovrano, si era manifestata (con caratteristiche almeno per alcuni aspetti analoghe) nell'Inghilterra del primo Seicento, nel corso del conflitto fra il re e il parlamento. L'idea dello sviluppo immemorabile della nazione intorno a un nucleo di leggi fondamentali indisponibili per il sovrano, che in Francia non produrrà effetti significativi sul lungo periodo, in Inghilterra sarebbe divenuta l'*atout* dello sviluppo

<sup>12</sup> D. A. Bell, *The Cult of the Nation in France. Inventing Nationalism, 1680-1800*, Harvard University Press, Cambridge (Mass). 2001, pp. 57 ss.

<sup>13</sup> F. Hotomannus, *Franco-Gallia* (1572), Fickwirt, Francofurti 1665.

costituzionale del paese: è l'idea, sviluppata magistralmente da Coke, di un *common law*, di un diritto degli inglesi (potremmo dire di un diritto della 'nazione'), di un diritto consuetudinario-giurisprudenziale che non può essere stravolto dal re e costituisce la nervatura dell'ordine complessivo.

Da Coke a Blackstone, diviene dominante, nella cultura politico-giuridica inglese, l'idea di una costituzione<sup>14</sup> che regge il paese da tempo immemorabile, non interrotta nemmeno dalla conquista normanna e capace di garantire (come sostiene Coke attraverso la sua interpretazione 'attualizzante' della *Magna Carta*<sup>15</sup>) le libertà degli inglesi: le libertà di soggetti che traggono i loro diritti dall'appartenenza a una comunità 'nazionale' giuridicamente organizzata. Certo, occorre passare attraverso una guerra civile, la restaurazione e la *Glorious Revolution* del 1689 perché l'articolazione della sovranità divenga coerente con le 'libertà degli inglesi'; e tuttavia, a conferma della salda presa che l'immagine della 'continuità costituzionale' esercitava sull'opinione pubblica, la stessa rivoluzione del 1689 era presentata non come la creazione di un ordine nuovo, ma come la 'restaurazione' delle libertà tradizionali. E sarà ancora questa la tesi (e più in generale l'immagine di sviluppo costituzionale) che Burke difenderà contro il radicalismo di Price (e le pretese eversive dei rivoluzionari francesi).

In Inghilterra, come in Francia, la 'nazione' sta trovando, fra Sei e Settecento, un suo referente politico, che coincide in sostanza con il complesso del sistema politico-giuridico vigente: valga, come un indizio fra i tanti, l'impiego che Harrington fa del termine *nation* nella sua *Oceana*; dove *nation* viene ad essere spesso impiegato come alternativo alla *city*, nella convinzione (tipica del suo autore) che ciò che la sapienza antica (e machiavelliana) aveva detto a proposito della *civitas* dovesse essere esteso, *mutatis mutandis*, alla *nation* (al grande paese politicamente organizzato) dei suoi tempi<sup>16</sup>.

'Nazione' sta gradualmente acquisendo, in Francia come in Inghilterra, una precisa valenza politica e deve di conseguenza entrare in un qualche

---

<sup>14</sup> J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century. A Reissue with a Retrospect*, Cambridge University Press, Cambridge- New York 1987

<sup>15</sup> E. Coke, *The second part of the institutes of England containing The Exposition of many ancient and other Statutes*, A.Crooke, The third Edition, London 1669, p. III b.

<sup>16</sup> J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana and a System of Politics*, a cura di J. G. A. Pocock, Cambridge University Press, Cambridge 1992.



rapporto con un concetto già importante nel medioevo cittadino e poi in tutta la tradizione repubblicana: il concetto di patria. Il rapporto fra ‘nazione’ e ‘patria’ non è però facile e immediato. ‘Patria’ ha, per un verso, una connotazione emotiva che non si estende immediatamente al concetto di nazione, mentre per un altro verso, ha un contenuto valoriale, più che descrittivo: ‘patria’ evoca l’impegno di un cittadino disposto sacrificare il proprio interesse privato a vantaggio del bene comune. È questo il significato che Henry St. John Bolingbroke attribuisce al ‘patriottismo’<sup>17</sup>; ed è un significato non troppo lontano da quello attribuito all’*amour de la patrie* nel celebre discorso (del 1715)<sup>18</sup> redatto da Henri François D’Aguesseau, che pure si muove in uno scenario politico-istituzionale così diverso. La monarchia non è in discussione per il giurista francese (che pure agisce in sintonia con le pretese dei *parlements*): la nazione culmina nel re; e tuttavia l’amor di patria che deve sostenere l’operato dei giudici coincide con il senso del bene comune, di una comune appartenenza a una comunità politica che implicitamente comincia a godere di un valore autonomo e di una propria visibilità.

A indirizzare sulla nazione una corrente emotiva ad essa tradizionalmente estranea interviene (tanto per la Francia quanto per l’Inghilterra) un evento politico-militare: la guerra dei Sette Anni. È una guerra di grande rilievo geopolitico, che impegna i contendenti in Europa come in America e in Asia e fa esplodere le valenze aggressive ed emotive fino a quel momento latenti nel concetto di ‘nazione’. È una guerra accompagnata, nei due paesi, da una grande campagna di stampa, che tende a ‘criminalizzare’ il nemico, a dipingerlo come ‘disumano’, imputando i suoi misfatti a tratti caratteriali che dipendono dalla comune identità ‘nazionale’<sup>19</sup>. E, peraltro, già prima della guerra si veniva rafforzando (prima in Inghilterra e poi anche in Francia) la tendenza a valorizzare le ‘glorie’ nazionali, a celebrare i grandi uomini che avevano dato lustro alla nazione, che assumeva quindi, anche per questa via, una crescente e autonoma rilevanza<sup>20</sup>.

È nell’urgenza della guerra, della brutale contrapposizione fra ‘noi’ e ‘loro’, che la ‘nazione’ sembra acquisire alcuni tratti che la storia succes-

---

<sup>17</sup> H. St.J. Bolingbroke, *The Idea of a Patriot King* (1738), in Id., *Political Writings*, a cura di D. Armitage, Cambridge University Press, Cambridge 1997.

<sup>18</sup> H.F. D’Aguesseau, *De l’amour de la patrie*, in Id., *Oeuvres complètes*, Jacob, Paris 1835, vol. 1, pp. 226-36.

<sup>19</sup> Cfr. D. A. Bell, *The Cult of the Nation in France*, cit., pp. 83 ss.

<sup>20</sup> Ivi, pp. 46 ss., pp. 65 ss.

siva ci rende familiari (ma la logica del ‘nemico’ aveva stimolato anche nel lontano passato, come ho già ricordato, una prima, occasionale ‘politicizzazione’ del termine ‘nazione’). Sarebbe però indebito attribuire a questo, pur importante, episodio il significato di una rottura ‘assoluta’. Esso è piuttosto un primo segnale di un mutamento che deve fare i conti con il permanere di una cultura ancora dominata, nel suo complesso, dal caratteristico cosmopolitismo settecentesco; quel cosmopolitismo che induceva Voltaire ad affermare l’esistenza di un medesimo universo di valori e di costumi per tutti i popoli europei<sup>21</sup>.

Resta però indubbio che, quanto più ci si addentra nella seconda metà del secolo, il termine ‘nazione’ non solo gode di un successo crescente, ma anche entra in esplicita sinergia con il termine ‘patria’. Rousseau è un tramite importante di questo processo. Certo, il referente privilegiato del *Contrat social* è il piccolo Stato. È a proposito di esso che Rousseau dimostra il ruolo essenziale della religione civile per la tenuta della *respublica*: che ha bisogno dell’investimento emotivo dei cittadini, convinti della sacertà del patto sociale e animati da un senso di appartenenza patriottica. L’amore per la patria non perde però di importanza con l’aumentare della dimensione della comunità politica: che si tratti della Corsica o della Polonia, per Rousseau è essenziale che i cittadini provino (e siano educati a provare) nei confronti della nazione di cui sono membri un forte senso di appartenenza: «Travaillez donc sans relâche, sans cesse, à porter le patriotisme au plus haut degré dans tous les cœurs Polonais»<sup>22</sup>. Piccolo Stato e Grande Stato, città e nazione differiscono solo per ragioni quantitative e devono essere entrambe rese vive e vitali dall’apporto etico e dalla passione civica dei loro membri.

La nazione si avvia a divenire lo snodo fondamentale del discorso politico-giuridico nella crisi (economica, sociale, politica) che sta investendo la Francia di fine secolo: è la nazione il concetto cui ormai da più parti si

---

<sup>21</sup> «Les Peuples de l’Europe ont des principes d’humanité, qui ne se trouvent point dans les autres parties du monde; ils sont plus liés entr’eux; ils ont des loix qui leur sont communes; toutes les Maisons des Souverains sont alliées; leurs Sujets voïagent continuellement & entretiennent une liaison réciproque. Les Européens Chrétiens sont ce qu’étoient les Grecs; ils se font la guerre entr’eux, mais ils se conservent dans ces dissensions d’ordinaire, tant de bienséance & de politesse, que souvent un Français, un Anglais, un Allemand qui se rencontrent, paraissent être nez dans la même Ville» (*Le Poème sur la bataille de Fontenoy, gagnée par Louis XV le 11. May 1745* (Discours préliminaire), Amsterdam 1748).

<sup>22</sup> J.-J. Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, § 12, Garnier, Paris 1962.

guarda, nell'aspettativa che da una sua ri-definizione possa dipendere la soluzione (almeno 'teorica') del problema decisivo: chi sia in ultima istanza il titolare della sovranità.

### 3. DIRITTI E APPARTENENZE NELLE SOCIETÀ DI ANTICO REGIME

Per lungo tempo il termine 'nazione' non occupa una posizione centrale nel lessico politico europeo. Non è quindi sorprendente che esso non entri in gioco nemmeno a proposito di un tema decisivo quale la condizione giuridica dei soggetti.

Nella società medievale (e più in generale in quel 'lungo medioevo' che arriva fino alle rivoluzioni di fine settecento e, in alcune zone d'Europa, prosegue per certi aspetti oltre di esse) le prerogative e gli oneri dei soggetti sono determinate da due parametri: da un lato, l'appartenenza a un cetto, dall'altro lato, la collocazione in un determinato ordinamento politico. Non il criterio (familiare ai 'moderni') dell'eguaglianza dei soggetti di diritto, ma la logica degli *status*, delle condizioni soggettive differenziate, è la cifra caratteristica della società medievale e in genere delle società di antico regime.

Fra i diversi *status*, uno gode di una particolare rilevanza, data l'importanza degli ordinamenti cittadini: lo *status civitatis*. Il cittadino gode della protezione, giuridica e sostanziale, offerta dalla città, può ottenere giustizia presso gli organi cittadini, partecipa alla vita della comunità politica, pur nella permanenza delle differenze cetuali che incidono sulle modalità e sull'intensità della partecipazione stessa.

Con la progressiva perdita di autonomia delle città (soprattutto là dove si affermano le grandi monarchie che possiamo chiamare, nel senso che sappiamo, 'nazionali'), la partecipazione cede il posto alla soggezione (il cittadino coincide con il suddito), ma resta ferma la differenziazione dei soggetti e la molteplicità degli *status*: da un lato, l'appartenenza cetuale, dall'altro lato, il radicamento nella sfera di dominio dell'uno o dell'altro signore territoriale determinano la condizione giuridica dell'individuo. Insediamento in un territorio, appartenenza a un corpo, soggezione a una gerarchia (complessa e articolata, tanto da creare spesso un complicato intreccio di appartenenze e di soggezioni): è dall'insieme di questi elementi che scaturiscono gli oneri e i privilegi di un individuo<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. R. Grawert, *Staat und Staatsangehörigkeit. Verfassungsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Staatsangehörigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 1973.

In un contesto siffatto, anche il rapporto fra il 'dentro' e il 'fuori' (fra i soggetti appartenenti a un determinato ordine politico e gli estranei) obbedisce a una logica diversa da quella più familiare a noi moderni, ma non certo incline a minimizzare le differenze. Al contrario, proprio perché sono l'appartenenza e la soggezione a determinare la condizione giuridica dei soggetti, lo straniero sembra trovarsi in una posizione di particolare fragilità. In realtà, sarebbe imprudente applicare all'esasperato particolarismo delle società di antico regime una formula onnicomprensiva; più che lo 'straniero' come tale, esistono gli stranieri, anch'essi differenziati a seconda della loro identità socio-giuridica: il mercante, il pellegrino, lo studente, il vagabondo (tanto per esemplificare) intrattengono rapporti molto diversi con le comunità 'ospitanti' e godono di un trattamento corrispettivamente differente. Resta comunque indicativo, a riprova del nesso fra appartenenza, soggezione e diritti, il *droit d'aubaine*, che conferisce al sovrano la titolarità dei beni dello straniero: un istituto che, soprattutto in Francia, resta in vigore fino alla rivoluzione<sup>24</sup>.

Occorrerà tener presente un'ulteriore e diversa condizione di estraneità; un'estraneità legata al rapporto che intercorre non fra diversi ordinamenti politici, bensì fra diverse spazi di civiltà: nel medioevo, fra l'area della cristianità e il mondo ad esso esterno, che in quel periodo tende a coincidere con il mondo islamico, mentre in epoca successiva, a partire dalla cosiddetta 'scoperta' dell'America, l'Europa si contrapporrà al mondo dei popoli variamente raggiunti dall'espansione coloniale europea; si ripropone comunque in entrambi i casi una rigida distinzione fra 'noi' e 'loro', con pesanti conseguenze sulla rappresentazione dei soggetti 'estranei' e sull'attribuzione dei diritti.

Assistiamo dunque, quando guardiamo alla situazione giuridica dei soggetti nel 'lungo medioevo', a una frammentazione e a una varietà notevoli, tanto da giustificare l'affermazione che la condizione di ciascuno emerge in contrasto con gli «'anti-privileges' of foreigners»<sup>25</sup> e con le differenziate capacità degli altri soggetti. In ogni caso, è assolutamente dominante la logica dell'appartenenza: è il particolaristico legame con un territorio, con un gruppo sociale, con una città, con un assetto politico il fondamento esclusivo degli oneri e dei privilegi dei soggetti. I diritti dipendono dall'appartenenza (anche se non è la 'nazione' il parametro impiegato per determinare l'inclusione o l'estraneità).

<sup>24</sup> P. Sahlins, *Unnaturally French. Foreign Citizens in the Old Regime and after*, Cornell University Press, Ithaca-London 2004.

<sup>25</sup> Ivi, p. 5.

Il particolarismo delle appartenenze è la regola dominante nell'antico regime; e tuttavia è indispensabile introdurre una complicazione del quadro: la nascita di un nuovo 'paradigma', di un nuovo modo di vedere l'individuo, la società e l'ordine politico, incentrato sulla teoria del diritto naturale.

Pur con tutte le diversità, anche radicali, che contraddistinguono gli autori che fra Sei e Settecento si riconoscono nel nuovo paradigma, almeno due passaggi argomentativi vengono da tutti condivisi (anche se riempiti di contenuti volta a volta diversi): l'esistenza di una condizione originaria, prepolitica, dell'umanità (lo 'stato di natura') e il successivo atto di fondazione, consensuale, dell'ordine politico (il 'contratto sociale'). Non dobbiamo sottovalutare la portata dirompente di entrambi questi passaggi. Con il contratto sociale, l'ordine politico appare il frutto di un'invenzione dei soggetti, uno strumento liberamente deciso dai soggetti, mentre con lo stato di natura emerge l'immagine di un individuo che trova nei diritti una irrinunciabile espressione della sua natura: è dalla natura stessa che derivano i diritti, e non dall'appartenenza (a un corpo, a una gerarchia). La regola costitutiva dell'ordine 'antico' appare sovvertita: il particolarismo delle appartenenze cede il posto all'universalismo dei diritti. È dei diritti dell'essere umano come tale che parla il teorico del diritto naturale (e non della condizione giuridica dei bretoni, dei normanni e nemmeno, più in generale dei sudditi del re di Francia). E allo stesso modo, quando il giusnaturalista teorizza il contratto sociale non si riferisce all'atto di nascita di uno Stato determinato, bensì indica il fondamento generale e astratto dell'ordine politico come tale.

Sono poste sul tappeto le condizioni per la nascita di una tensione (fra universalismo e particolarismo) che segnerà a fondo la modernità. Certo, questa tensione è ancora latente nel momento in cui il paradigma giusnaturalistico prende ad affermarsi, nella misura in cui i suoi sostenitori si muovono nel mondo rarefatto della pura teoria. È però anche vero che la 'teoria' non è affatto improduttiva di effetti socialmente rilevanti. E anche nel caso della filosofia del diritto naturale questi effetti si rendono visibili non appena guardiamo 'panoramicamente' ai processi di trasformazione che investono l'Europa sei-settecentesca.

#### 4. LA RI-DEFINIZIONE DI 'NAZIONE' NELLE RIVOLUZIONI DI FINE SETTECENTO

Un imponente processo di trasformazione ha luogo nell'Inghilterra del Seicento; ed è un processo che, dopo un secolo di violenti contrasti e colpi di scena, farà di quel paese una realtà diversa e anomala rispetto all'Eu-

ropa continentale: che resta ancora improntata alle regole dell'assolutismo e delle differenziazioni cetuali, mentre in Inghilterra nasce un governo (che si appresta a divenire) parlamentare e la società si assesta intorno ai principî della libertà-proprietà e della tolleranza.

L'universalismo dei diritti nella sua tipica declinazione giusnaturalistica non sarà certo estraneo a questa vicenda, se è vero che la tavola dei valori nei quali la Gran Bretagna settecentesca si riconosce sono in sostanza i principî enunciati nei *Trattati sul governo* e negli scritti sulla tolleranza di John Locke. Il punto di avvio del processo, però, agli inizi del Seicento, non ha un imprinting giusnaturalistico: il quadro di riferimento è semmai fornito da Coke, dalla sua teoria della durata immemorabile del *common law*, capace da sola di fondare i 'diritti degli inglesi'. I diritti degli inglesi, appunto (non i diritti degli esseri umani come tali): è dal concreto ordinamento del regno (dalla positiva strutturazione di una società che possiamo chiamare 'nazionale') che derivano per Coke le garanzie dei cittadini: è ancora la logica dell'appartenenza a determinare la condizione dei soggetti; salvo che questa condizione, per un verso, vale per tutti i membri della società 'nazionale' e, per un altro, verso, è incentrata sulle libertà.

Ciò non significa però che la lezione giusnaturalistica (per intenderci: lockiana) sia priva di importanza nella società nata dalla rivoluzione dell'89. È proprio un grande giurista – William Blackstone, operante nell'alveo del *common law* – a indicare il punto di incontro fra i 'diritti dell'uomo' e i 'diritti degli inglesi'. La tradizione giusnaturalistica ha dimostrato una volta per tutte che i diritti, la libertà e la proprietà, sono il perno di ogni ordine giusto. Ed è appunto in Gran Bretagna che quei diritti sono divenuti, per Blackstone, le strutture portanti di un ordine effettivo grazie a una costituzione che ne ha permesso la positiva realizzazione. L'universalismo dei diritti si incarna nella determinata, particolare realtà della nazione inglese; e questa a sua volta si propone (implicitamente) come la più felice approssimazione a una società 'giusta'<sup>26</sup>.

Non è solo in Inghilterra comunque che l'universalismo dei diritti si trasforma in una strategia retorica impiegata per legittimare l'assetto di una determinata (e necessariamente 'particolaristica') società. Il fenomeno torna a presentarsi nel corso del processo che conduce le colonie nord-americane

---

<sup>26</sup> W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford 1765, vol. I.

a distaccarsi dalla madre-patria inglese e a costruire una nuova identità nazionale e un nuovo ordinamento.

Se all'inizio i coloni sembrano muoversi all'ombra delle libertà 'inglesi' e avanzare rimostranze ancora vicine alla logica della rivoluzione del 1689 (che pretende di essere la 'restaurazione' di un ordine violato), ben presto ha il sopravvento una strategia argomentativa nettamente diversa: la posta in gioco non è più una 'restaurazione', ma è la fondazione di un ordinamento nuovo e senza precedenti. Il lessico giusnaturalistico, non meno della tradizione repubblicana<sup>27</sup>, gioca un ruolo primario nello sviluppo di una retorica che trova nella Dichiarazione di indipendenza, del 1776, la sua più celebre espressione: per legittimare il distacco dalla madrepatria sono invocati principî dati per universali ed evidenti, quali la libertà e la ricerca della felicità<sup>28</sup>.

La libertà è un diritto fondamentale dell'individuo e proprio per questo anche una molteplicità di individui, un 'popolo', ha il legittimo potere di darsi un ordinamento, di costituirsi come unità politica. Il modello contrattualistico (che aveva affidato ai soggetti il potere di creare liberamente l'ordine politico in funzione dei loro bisogni e dei loro diritti) cessa di essere uno schema astratto, un enunciato 'meramente' teorico, per divenire lo strumento argomentativo impiegabile nel vivo di un vero e proprio processo costituente. È attraverso l'esercizio di un siffatto potere che nasce, nel corso della rivoluzione, una nuova entità politica, un nuovo soggetto collettivo – la nazione americana – che proprio in quanto titolare di un insindacabile potere decisionale può darsi un ordinamento.

Siamo lontani dal senso che in Europa era stato attribuito al termine 'nazione' nel quadro delle monarchie sei-settecentesche. In quel contesto la nazione aveva come punto di riferimento una società gerarchica e cetuale

---

<sup>27</sup> Sul problema del rapporto fra tradizione lockiana e tradizione repubblicana nella cultura della rivoluzione americana cfr. G. S. Wood, *The Creation of the American Republic: 1776-1787*, Norton, New York-London 1972; W. Adams, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1980; B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 1992; P. A. Rahe, *Republics Ancient and Modern, 3., Inventions of Prudence: Constituting the American Regime*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill-London 1994; J.G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition* (1975), Princeton University Press, Princeton 2003<sup>2</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. *La Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, a cura di T. Bonazzi, Marsilio, Venezia 1999.

culminante nel re. Certo, nel corso del tempo, là dove le istanze ‘assolutistiche’ del sovrano si erano scontrate con le resistenze di determinati ceti e apparati, la nazione aveva acquistato una nuova importanza e una crescente autonomia. La nazione era però pur sempre una realtà strutturata e gerarchica, i cui ‘diritti’ erano il riflesso di ‘leggi fondamentali’ non già ‘decise’ da qualcuno, ma ancorate a una tradizione ‘immemoriale’. Con la rivoluzione americana, al contrario, la nazione è costruita e plasmata da scelte e decisioni (individuali e collettive), legittimate come espressioni della libertà fondamentale e universale degli esseri umani.

Nasce una nuova nazione e questa si presenta come la concretizzazione di una legge universale di libertà<sup>29</sup>. Scatta anche in questo caso un cortocircuito fra universalismo e particolarismo. La nazione americana si accredita come un’entità ‘aperta’, indeterminatamente ‘inclusiva’, memore dello slancio universalistico che la ha resa possibile. È efficace la rappresentazione che della nuova nazione offre uno scrittore americano di origini francesi: Hector St. John Crèvecoeur, nelle sue *Letters From An American Farmer*, del 1782. Egli si chiede chi siano gli americani e dà questa illuminante risposta: «What then is the American, this new man? He is either an European, or the descendant of an European, hence that strange mixture of blood, which you will find in no other country [...]. He is an American, who leaving behind him all his ancient prejudices and manners, receives new ones from the new mode of life he has embraced, the new government he obeys, and the new rank he holds»<sup>30</sup>. Non esiste un’identità etnico-culturale americana: tutti possono essere americani nella misura in cui accettano i valori del paese e obbediscono alle sue leggi.

L’universalismo sembra dunque avere partita vinta in America: il popolo sembra poter includere ‘tutti’ i soggetti che ne vogliono far parte. In realtà, nel testo di Crèvecoeur è implicita una limitazione che verrà trasformata in una vera e propria norma giuridica dal *Naturalization Act*, del 1790, che si propone di dettare le condizioni necessarie e sufficienti per divenire membri del popolo americano. Le condizioni sono le seguenti: la residenza da almeno due anni; essere «a person of good character»; giurare fedeltà

---

<sup>29</sup> Cfr. E. Foner, *Storia della libertà americana*, con una prefazione di A. Portelli, Donzelli, Roma 2000.

<sup>30</sup> H. St. John de Crèvecoeur, *Letters from an American Farmer*, Fox, Duffield, New York 1904, pp. 54-55.



alle leggi e alla costituzione; e infine – particolare decisivo – essere «a free white person».

Al di là del pathos ‘inclusivo’ e universalistico che accompagna la nascita della nuova comunità nazionale, in realtà essa, fino dalla sua fondazione, si viene formando attraverso il simultaneo ricorso a dispositivi di inclusione e di esclusione<sup>31</sup>. Un primo criterio di esclusione riguarda i ‘nemici’ della libertà, gli inglesi, incapaci di liberarsi dalla loro ormai ‘tirannica’ monarchia. Un criterio, non esplicitato nei testi normativi e tuttavia determinante per la composizione della nuova nazione, riguarda i neri ridotti in schiavitù. Un ulteriore criterio di esclusione concerne i popoli nativi, nei confronti dei quali si svolge e continuerà a svolgersi una politica di progressiva espulsione non solo giuridica ma anche fisica dal territorio.

L’universalismo dei diritti si scontra con una (nuova, ma non meno rigida) logica dell’appartenenza: è ora una nuova entità, un nuovo soggetto collettivo, a dettare le regole (implicite ed esplicite) dell’inclusione. Al contempo, tuttavia, l’afflato universalistico che aveva pervaso l’intero processo di costruzione della nazione americana continua a produrre effetti nella rappresentazione della nazione stessa, investita di un compito ‘salvifico’ che guarda all’intera umanità. È ancora influente l’antico *topos* del ‘popolo eletto’, presente nella cultura calvinistica e nell’ethos dei ‘padri pellegrini’; ed è su questo *plafond* messianico che si innesta il pathos universalistico dei diritti e della libertà.

In un breve lasso di tempo decollano il *nation-building* e lo *state-building* nell’America settentrionale; e nello stesso torno di anni, nella vecchia Europa continentale ancora legata alle regole di quel regime che ben presto sarà detto ‘ancien’, il tema ‘nazione’ diventa incandescente. È in Francia che l’intensificarsi della crisi economica, sociale e politica induce a vedere nella ‘nazione’ il concetto da cui muovere per ripensare le regole della convivenza. Anche in questo contesto è il contrattualismo della tradizione giusnaturalistica ad apparire un’arma retorica efficace; e sono molte le opere che invitano a ripensare la nazione a partire dal concetto di contratto sociale<sup>32</sup>. È però soprattutto un autore – Emmanuel Joseph Sieyès – che in due

---

<sup>31</sup> Cfr. A. Marx, *Faith in Nation. Exclusionary Origins of Nationalism*, Oxford University Press, Oxford-New York 2003.

<sup>32</sup> Ad esempio Jacques-Claude Martin de Mariveaux (*L’ami des lois*) e Guillaume-Joseph Saige (*Catéchisme du citoyen*). Cfr. David A. Bell, *The Cult of the Nation in France*, cit., p. 70.

saggi comparsi nell'imminenza della rivoluzione<sup>33</sup> delinea un'immagine radicalmente nuova della nazione.

L'idea fino ad allora dominante di 'nazione' (una nazione che coincide con un ordine sociale differenziato in ceti e culminante nel sovrano) non è più accettabile per Sieyès perché fondata sulla disuguaglianza dei soggetti, sul privilegio di alcuni (duecentomila individui, i nobili e il clero) e sull'avvilimento di tutta la restante parte della popolazione, il Terzo Stato, artefice effettivo della prosperità e della civiltà del paese. Occorre allora ridefinire la nazione attraverso un doppio movimento, di esclusione e di inclusione: escludendo da essa i pochi soggetti diversi, giuridicamente privilegiati, e includendo in essa i soggetti giuridicamente eguali (i membri del Terzo Stato). La nazione coincide dunque con il Terzo Stato e il criterio che individua l'appartenenza è appunto l'eguaglianza giuridica. La nazione francese coincide con i venticinque milioni di francesi giuridicamente eguali.

Il modello argomentativo richiamato esplicitamente da Sieyès è il modello contrattualistico: quel modello che i giusnaturalisti (a partire da Hobbes) avevano costantemente impiegato per dar conto dell'origine e del fondamento dell'ordine politico-giuridico. Il modello contrattualistico però, che in Hobbes aveva una valenza puramente teorica, nelle mani di Sieyès diviene uno strumento impiegabile nella progettazione politico-costituzionale. Se sono i soggetti eguali che contrattualmente fondano l'ordine politico, questi soggetti, nella Francia del 1789, sono i francesi giuridicamente eguali, i membri della nazione; e la nazione è l'ente collettivo (l'unico ente immaginabile) cui spetti il potere di darsi liberamente il proprio ordinamento. La nazione è quindi titolare di uno specifico (ed esplosivo) potere: il potere costituente<sup>34</sup>; un potere che essa eserciterà senza limiti, libera dagli impacci del passato, sovrana nel costruirsi il proprio futuro.

---

<sup>33</sup> J.-E. Sieyès, *Essai sur les privilèges* (1788), a cura di P.-Y. Quiviger, Dalloz, Paris 2007 e J.-E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1789), a cura di R. Zapperi, Droz, Genève 1970.

<sup>34</sup> Cfr. A. Negri, *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*, SugarCo, Varese 1992; L. Jaume, *Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle*, in P. Pombeni, *Potere costituente e riforme costituzionali*, il Mulino, Bologna 1992, pp. 33-51; M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, in M. Fioravanti, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 220 ss.; E.-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther,

La nazione degli eguali è l'unico potere costituente immaginabile ed è a partire da questo nuovo concetto che occorre ripensare l'assemblea degli Stati generali, convocata dal re di fronte al dilagare della crisi: un'assemblea, che rispecchia la vecchia nazione francese (la società dei corpi e delle gerarchie, la società del privilegio e della disuguaglianza) deve essere trasformata, secondo Sieyès, in un organo che rappresenta l'unico potere legittimo, la nuova nazione degli eguali.

È la nazione-Terzo Stato, la nazione dei soggetti giuridicamente eguali, la nuova entità collettiva cui sarà possibile imputare il processo rivoluzionario e costituente che divampa nell'estate dell'89 e trova nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino la sua più celebre espressione. Fino dalle prime battute della rivoluzione 'nazione' e 'diritti' si annunciano come le principali grandezze di riferimento del nuovo ordine.

##### 5. LA NAZIONE RIVOLUZIONARIA FRA UNIVERSALISMO E PARTICULARISMO

È la nazione il titolare della sovranità e il simbolo di legittimazione del processo rivoluzionario. Ed è la nazione francese ad annunciare al mondo, nella Dichiarazione dell'agosto 1789, il catalogo dei diritti fondamentali. Questi diritti – la libertà e la proprietà innanzitutto – appartengono a una Dichiarazione redatta da un'assemblea rappresentativa della nazione francese, ma sono attribuiti all'essere umano come tale: vengono presentati non come il risultato di una 'decisione' politico-costituzionale, ma come l'espressione della natura stessa dell'uomo.

Ciò non significa però che il ruolo della nazione sia sentito come secondario. Essa infatti assolve a due compiti fondamentali. In primo luogo è la nazione che – come ricorda il preambolo della Dichiarazione – promuove il riscatto dei diritti dall'oblio e dall'avvilimento cui il dispotismo li aveva condannati. In secondo luogo, è la nazione che si fa carico, attraverso la legge, di realizzare, tutelare e armonizzare i diritti. Un implicito punto di riferimento della Dichiarazione del 1789 è in sostanza lo schema rousseauiano: secondo il quale gli individui, con il contratto sociale, affidano al sovrano (cioè all'«io comune») i loro diritti originari; il sovrano però a sua volta li restituisce (discrezionalmente) ai soggetti, rafforzati e garantiti dalla forza coattiva di cui il sovrano dispone. I diritti 'naturali' divengono diritti

---

Einaudi, Torino 1996, pp. 231-252; L. Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, il Mulino, Bologna 1998, pp. 45 ss.

‘civili’: essi restano ‘naturali’ quanto al loro fondamento, ma possono al contempo esser detti ‘civili’ in quanto è una *civitas* l’ambiente in cui essi vengono concretamente ad esistere. Il legame dei diritti con l’ordine politico è duplice: è il sovrano a renderli coattivamente esigibili, ma al contempo sono i diritti a costituire la condizione di legittimità dell’ordine.

Potremmo immaginare, a partire da una siffatta impostazione, una tranquilla e felice sinergia fra la nazione e i diritti. In realtà, sono già poste le premesse di tensioni destinate a incidere a fondo sulla cultura politico-giuridica europea.

In primo luogo, appare problematica la compresenza, nel medesimo campo enunciativo, di due elementi – la volontà sovrana della nazione e i diritti – che si presentano entrambi come ‘assoluti’: i diritti fondamentali, in quanto ancora concepiti (quanto al loro fondamento) come naturali, non sembrano poter ammettere limitazioni od eccezioni; al contempo però la nazione sta assumendo il profilo già tracciato da Sieyès (e prima da Rousseau): quello di un ente collettivo il cui potere sovrano è privo di vincoli e limiti. L’assoluto potere decisionale del sovrano rischia allora di entrare in rotta di collisione con l’assolutezza dei diritti fondamentali. È solo nell’entusiasmo palingenetico dell’esordio che la rivoluzione non sembra drammatizzare questa tensione, in realtà destinata a divenire uno dei grandi problemi irrisolti dell’Ottocento europeo-continentale.

In secondo luogo, i diritti, in quanto diritti dell’essere umano come tale, hanno una valenza universalistica. L’universalismo non è una qualità accidentale dei diritti (di quei diritti assunti come fondamento dell’ordine dalle rivoluzioni di fine Settecento, in America e in Francia), ma attiene alla loro stessa ‘pensabilità’: in tanto il giusnaturalismo ha potuto pensare i diritti in quanto ha messo in parentesi la logica dell’appartenenza. Fino a che punto però questa logica può essere evitata, quando i diritti da (meramente) ‘naturali’ divengono (anche) ‘civili’, quando cioè essi divengono la posta in gioco di un processo costituente e il fondamento di un ordine politico realmente esistente? In altri termini: in che modo l’universalismo dei diritti può comporsi con la particolare realtà di una ‘nazione’ inevitabilmente insediata in un territorio delimitato?

In una prima fase della rivoluzione il dilemma sembra essere, se non risolto, aggirato dall’enfasi universalistica che investe il nuovo ente collettivo. Certo, la nazione è composta, come aveva detto Sieyès, dai venticinque milioni di francesi giuridicamente eguali: è la nazione francese che dichiara

i diritti. Essa però non guarda soltanto a se stessa: guarda al mondo. È al mondo che si rivolge la Dichiarazione dei diritti, pur essendo al contempo la prima pietra di un nuovo e specifico ordine politico.

È questo il clima nel quale si apre la rivoluzione. L'assemblea rappresentativa della nazione francese si presenta come la tribuna di un'opinione pubblica transnazionale. Marie-Joseph Chénier propone di estendere la cittadinanza francese a tutti coloro che abbiano bene meritato della causa della libertà e dell'umanità. Per Chénier, l'assemblea nazionale è in realtà un momento e un tramite di un'assemblea universale. La Francia è una nazione che compendia in sé e anticipa il mondo e la sua storia futura. Diviene quindi problematico il concetto stesso di straniero, dal momento che gli amici della libertà possono essere considerati virtualmente cittadini francesi, quale che sia il loro paese d'origine. Questa visione trova peraltro puntuali verifiche: basti pensare ai nomi di Thomas Paine e di Anacharsis Cloots. Il primo è uno scrittore inglese, di ispirazione radicale, impegnato nelle due grandi rivoluzioni dei suoi tempi, in America (alla cui causa aveva dato un importante contributo scrivendo *Common Sense*) e in Francia<sup>35</sup>; il secondo è un barone tedesco che rinuncia al suo titolo e si fa paladino di un drastico superamento dei confini relegando alla barbarie del passato l'opposizione fra cittadino e straniero<sup>36</sup>.

Il trionfo della nazione rivoluzionaria sembra recare con sé la vittoria dell'universalismo sul particolarismo; e questa vittoria produce effetti anche sulla regolamentazione giuridica della perdita e dell'acquisto della cittadinanza. Il *droit d'aubaine* è ormai lontano e la costituzione del 1791, al titolo II, offre un ampio ventaglio di possibilità di acquisizione della cittadinanza, combinando lo *ius sanguinis* e lo *ius soli*, il criterio della discendenza da genitori francesi e il criterio della residenza sul territorio<sup>37</sup>. Lo slancio universalistico incide anche su un altro, essenziale, aspetto del rapporto fra 'interno' ed 'esterno': sulla visione della guerra. È del 22 maggio 1790 il decreto sulla pace e sulla guerra, dove l'assemblea nazionale, all'art. 4, dichiara che «la nation française renonce à entreprendre aucunes guerres dans

---

<sup>35</sup> Th. Paine, *Rights of man, Common Sense, and Other Political Writings*, a cura di M. Philp, Oxford University Press, Oxford 1995.

<sup>36</sup> Anacharsis Cloots, *Écrits Révolutionnaires, 1790-1794*, présentés par M. Duval, Éditions Champ Libre, Paris 1979.

<sup>37</sup> *Constitution du 3 septembre 1791*, titre II, arts. 1-5.

la vue de faire des conquêtes et qu'elle n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple»<sup>38</sup>.

L'universalismo è preso sul serio agli esordi della rivoluzione, tanto da incidere in modo rilevante sulla rappresentazione dello straniero e del nemico. Occorre però tener presente che lo slancio universalistico della rivoluzione trova nella nazione il suo presupposto e il suo tramite. La tensione fra il particolarismo della nazione e l'universalismo del principî rivoluzionari (la libertà, i diritti) è momentaneamente elisa o almeno dissimulata in quanto è la nazione stessa a proporsi come l'organo dell'universale. Continua, in un contesto differente e sulla base di presupposti diversi, il gioco già sperimentato in America, quando le ex-colonie avevano deciso di ricomporsi in una nuova entità nazionale. Anche in quel caso, la nazione non era 'soltanto' un'entità politico-culturale, ma era la portatrice di un messaggio e di un compito che la trascendevano. Se di là dall'Atlantico ad alimentare lo slancio universalistico era l'imprinting salvifico-religioso dei padri pellegrini, nella Francia rivoluzionaria si faceva sentire l'idea, già presente nella cultura francese di antico regime e destinata a un notevole successo nell'Ottocento, della missione civilizzatrice della nazione.

Nei primi anni della rivoluzione, dunque, la nazione si protendeva verso il mondo, con la conseguenza di attenuare le latenti tensioni fra la propria configurazione particolaristica e la vocazione universalistica del messaggio rivoluzionario. La svolta (e la difficoltà di armonizzare i due momenti) intervengono come conseguenza della crescente conflittualità interna e dall'accerchiamento militare del paese. Occorre difendere dalle potenze nemiche, al contempo, l'integrità della nazione e le sorti della rivoluzione e di fronte a questa urgenza il superamento dell'antitesi fra cittadino e straniero appare una parola d'ordine improponibile. A non rinunciare al più rigoroso universalismo è soltanto Anacharsis Cloots, che interviene ancora a difesa della repubblica universale invitando a superare il peso della storia e il dogma dell'identità nazionale e a sbarazzarsi dal concetto stesso di straniero. La sua posizione è però ormai del tutto isolata: Cloots verrà attaccato da Camille Desmoulins e poi da Robespierre come traditore e come spia del nemico e finirà sulla ghigliottina nel marzo del 1794.

---

<sup>38</sup> *Décret concernant le droit de faire la paix et la guerre*, in *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du conseil d'état ...*, par J.B. Duvergier, Guyot et Scribe, Paris, 1834, Tome premier, p. 191.

Gli steccati fra il ‘dentro’ e il ‘fuori’, fra il cittadino e lo straniero, vengono rafforzati. Nell’agosto del 1793 viene proposta una legge che dispone l’espulsione degli stranieri (cittadini di un paese nemico), a meno che non dimostrino di aver dato prova di civismo; e anche in questo caso essi devono recare sull’abito un nastro apposto e disporre di un *brevet d’hospitalité*<sup>39</sup>. Lo straniero in quanto tale è ‘oggettivamente’ sospetto: vige a suo carico una presunzione di ostilità nei confronti della nazione rivoluzionaria. La nascita in un paese straniero, anche per i benemeriti della rivoluzione, diviene un elemento ostativo, se non per la cittadinanza ‘passiva’, almeno per il diritto di rappresentare la nazione e svolgere funzioni pubbliche<sup>40</sup>.

Nella retorica giacobina, infine, l’immagine della ‘estraneità’ viene ampiamente usata per colpire i nemici della rivoluzione: sono ‘stranieri’ tanto i nemici ‘interni’, i nemici della rivoluzione che cessano di far parte della nazione, quanto gli stranieri originariamente tali e operanti nel paese come quinta colonna o spia del nemico. Le figure dell’estraneità, dell’ostilità, del tradimento si intrecciano per colpire il nemico e legittimarne la pronta eliminazione.

È in questa logica che l’apertura cosmopolitica caratteristica degli esordi della rivoluzione si rovescia nel decreto del 26 maggio 1794 secondo il quale «il ne sera fait aucun prisonnier anglais ou hanovrien». La giustificazione dell’eliminazione è però anch’essa di carattere ‘universalistico’: se la rivoluzione combatte per la causa dell’umanità, chi la contrasta – e quindi non soltanto il singolo, ma un intero popolo assunto come soggetto collettivo – si pone fuori dall’umanità: diviene estraneo al genere umano e come tale può essere eliminato come una bestia feroce<sup>41</sup>.

Una così aperta criminalizzazione del nemico (interno ed esterno) cessa con il venir meno del radicalismo giacobino. A partire dal 1796-97 prende il sopravvento un diverso modo di rappresentare la nazione francese: la

---

<sup>39</sup> Cfr. S. Wahnich, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Albin Michel, Paris 1997, p. 23.

<sup>40</sup> Secondo il *Décret* del 25 dicembre 1793 «1) Tous individus nés en pays étrangers font exclus du droit de représenter le peuple François 2) Les citoyens nés en pays étrangers qui font actuellement membres la Convention nationale ne pourront de ce jour participer à aucune de ses délibérations ; leurs suppléans seront appelés sans délai par le comité des décrets 3) La convention renvoie à son Comité de salut public les propositions d'exclure les individus nés en pays étrangers de toutes les autres fonctions publiques ...».

<sup>41</sup> Cfr. S. Wahnich, *L'impossible citoyen*, cit., pp. 237 ss.

Francia come la *Grande Nation*<sup>42</sup>. È questo il tema di fondo dell'epopea napoleonica e lo strumento di legittimazione dell'espansionismo francese in Europa<sup>43</sup>. Restano tracce dell'universalismo delle origini. Esso però, se prima coincideva con la valorizzazione dei diritti naturali, per definizione transnazionali, e alimentava il sensazionale rifiuto di ogni guerra di conquista, si traduce ora nella celebrazione della missione civilizzatrice della Francia e nell'ideologia della 'esportazione' coattiva del messaggio rivoluzionario. Il rifiuto della guerra aggressiva – come denuncia con veemenza Friedrich Gottlieb Klopstock in una sua ode<sup>44</sup> – si era trasformato in una trasparente legittimazione dell'*Eroberungskrieg*.

#### 6. NAZIONE, DIRITTI E STATO NELL'EUROPA DEL PRIMO OTTOCENTO

Con le campagne napoleoniche sembra spezzarsi il rapporto, insieme, di reciproca implicazione e di tensione fra la configurazione 'particolaristica' della nazione e la vocazione universalistica dei principî rivoluzionari. La conciliazione fra le due dimensioni era stata tentata, all'esordio della rivoluzione, facendo della nazione francese la tribuna dell'umanità, ma ben presto la logica della contrapposizione fra il 'dentro' e il 'fuori', fra la nazione e i suoi 'nemici', aveva preso il sopravvento. Con Napoleone l'universalismo della rivoluzione è un ricordo sbiadito, di fronte alla realtà di una 'grande nazione' impegnata nella lotta per l'egemonia in Europa. È vero che le armate francesi tentano di accreditarsi come il braccio armato delle libertà rivoluzionarie, ma la loro credibilità in Europa è, da questo punto di vista, assai ridotta. Certo, le reazioni cambiano a seconda dei contesti: in Italia ad esempio, più che in altri paesi europei, non mancano apprezzamenti nei confronti della funzione 'liberatrice' dei francesi<sup>45</sup>. In generale però prevale una reazione 'difensiva' nei confronti dell'occupazione straniera.

<sup>42</sup> L'espressione ricorre nell'elegia di Chénier sulla morte del generale Hoche: «La grande nation à vaincre accoutumée [...]» (M.J. Chénier, *La mort du générale Hoche*, in Id., *Oeuvres*, Guillaume, Paris 1824, T. III, p. 188).

<sup>43</sup> Cfr. M. Vovelle, *Révolution, Liberté, Europe*, in AA. VV., *L'idée de nation et l'idée de citoyenneté en France et dans les pays de langue allemande sous la révolution* (a cura di M. Vovelle e R. von Thadden), Irepp90, Belfort 1989, pp. 196-210.

<sup>44</sup> Fr. G. Klopstock, *Der Eroberungskrieg*, in Id., *Oden und Elegien ...*, Lehnhold, Leipzig 1833, p. 146.

<sup>45</sup> Cfr. L. Guerci, *Il triennio 1796-99 e la «Repubblica itala»*, in *Nazioni, nazionalità, Stati nazionali nell'Ottocento europeo*, a cura di U. Levra, Carocci, Torino 2004, pp. 59-103.



Resta comunque decisivo l'impatto prodotto dalle campagne napoleoniche nei paesi dell'Europa continentale proprio sul terreno della formazione di una nuova identità nazionale.

In due vaste aree dell'Europa – l'Italia e la Germania – non era mai giunto a compimento – come era invece avvenuto in Inghilterra e in Francia – un processo di accentramento capace di superare la frammentazione politica imponendo l'obbedienza ad un unico sovrano. Ancora a fine Settecento, di conseguenza, tanto in Italia quanto in Germania il termine 'nazione' non aveva assunto quel contenuto politico corrente nella Francia di antico regime – l'idea di una società gerarchica culminante nel monarca – ma manteneva un significato puramente linguistico-culturale.

È proprio il conflitto con la Francia napoleonica l'evento che stimola un diverso modo di pensare la nazione, in un momento in cui l'intera cultura di lingua tedesca è impegnata a manifestare sensibilità, valori e stili di pensiero alternativi all'illuminismo settecentesco e al paradigma giusnaturalistico. Contro la rottura provocata dalla rivoluzione francese viene valorizzato, da Schlegel a Novalis, il medioevo; al classicismo viene contrapposto il mito della germanità. Le simpatie per la rivoluzione (che a fine Settecento erano state espresse da personaggi di eccezionale statura, quali Kant e il giovane Fichte) declinano di fronte all'invasione napoleonica. Circola ampiamente la traduzione<sup>46</sup> delle *Reflections* di Burke<sup>47</sup>, la cui visione 'continuistica' della costituzione si incontra spontaneamente con lo storicismo romantico e con la Scuola storica del diritto.

In questa nuova prospettiva, cadono uno dopo l'altro i principî che avevano alimentato la cultura della rivoluzione. Se la realtà è storia, lo 'stato di natura' è una favola metafisica ed è insostenibile l'immagine dell'individuo 'in quanto tale', titolare di diritti originari. L'individuo esiste come membro di una comunità, di un 'popolo', che si forma in un lungo sviluppo storico, si differenzia dagli altri popoli e imprime a ciascuno dei suoi membri caratteristiche etico-spirituali inconfondibili<sup>48</sup>. Respinto l'assioma 'indivi-

---

<sup>46</sup> Ad opera di Friedrich von Gentz.

<sup>47</sup> E. Burke, *Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event*, a cura di C. Cruise O'Brien, Penguin, London 1986.

<sup>48</sup> Johann Gottfried Herder è uno dei più precoci ed eloquenti sostenitori del 'carattere' storicamente determinato di ciascun popolo. Cfr. J. G. Herder, *Über die neuere deutsche Literatur. Fragmente* (1766-67), Aufbau Verlag, Berlin-Weimar 1985.

dualistico', cade anche l'idea del contratto come fondamento dell'ordine politico. Lo Stato non è uno strumento 'inventato' dai soggetti in funzione dei loro bisogni: esso è piuttosto l'espressione di un popolo storicamente determinato, la sua concrezione istituzionale<sup>49</sup>.

La nazione di Sieyès è molto lontana. Fedele 'applicazione' del modello contrattualistico, essa riposava sulla volontà dei soggetti e valeva come fondamento di un potere costituente convinto di poter modellare l'ordine senza vincoli e limiti. Il nuovo ente collettivo delineato nella Germania del primo Ottocento è un 'popolo' storicamente determinato che si traduce in istituzioni statuali che si formano 'spontaneamente' in un lungo processo storico e non sono volute, 'decise', da un'assemblea costituente né sono concepibili come un mero strumento funzionale ai bisogni degli individui. All'immagine dello Stato come meccanismo viene ora contrapposta la metafora (antica ma sempre di nuovo riformulata) dell'organismo. Il popolo non è una somma di soggetti, ma è una realtà vivente e lo Stato che da esso promana non è uno strumento a disposizione dei singoli, ma è l'ambiente nel quale l'individuo può compiersi eticamente<sup>50</sup>.

La dimensione universalistica, caratteristica dei diritti teorizzati dal giurisprudenzialismo, viene elisa a vantaggio del legame che stringe l'individuo al popolo: la logica dell'appartenenza torna a investire in pieno non solo la realizzazione, ma anche il fondamento dei diritti. Non si pensi però a un tentativo di 'ritorno all'indietro'. Certo, il nuovo paradigma organicistico si presta a fornire all'Europa della restaurazione una robusta legittimazione; né mancano declinazioni schiettamente conservatrici (o anzi precisamente 'reazionarie') della nuova filosofia giuspolitica. Sarebbe però fuorviante identificare l'orientamento storicistico-organicistico dominante nella cultura tedesca del primo Ottocento con la filosofia della restaurazione. Non mancano infatti impieghi del paradigma storicistico che guardano al futuro, e non al passato, della nazione tedesca e sono animati da un'ispirazione schiettamente liberale.

È il concetto organicistico di *Volk*, di popolo (la versione tedesca di quell'entità collettiva che i francesi e gli italiani chiamano 'nazione') a

---

<sup>49</sup> Friedrich Carl von Savigny è, da questo punto di vista, un riferimento obbligato. Cfr. F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), Olms, Hildesheim 1967. Cfr. A. Rahmatian, *Friedrich Carl v. Savigny's Beruf and Volksgeistlehre*, in «The Journal of Legal History», 28, 2007, 1, pp. 1-29.

<sup>50</sup> Un esempio significativo è offerto da Adam Müller. Cfr. A. Müller, *Die Elemente der Staatskunst* (1809), a cura di J. Baxa, G. Fischer, Jena 1922.

proporsi come il principale mitologema che sorregge il lungo e travagliato processo di costruzione di uno Stato unitario in Germania. Dato che il *Volk* è un organismo storicamente vivente, un'unità etico-spirituale che si rende visibile e trova la sua compiuta forma di esistenza nello Stato, divenire consapevoli dell'unità culturale della nazione significa al contempo pensarne la proiezione politico-istituzionale, la sua realizzazione come Stato.

Liberalismo e nazionalismo sono, in Germania, le facce strettamente connesse di un movimento che assume il popolo (organicisticamente concepito) e lo Stato (che ne è la principale espressione) come l'immanente teleologia del movimento storico. Il popolo-Stato è in questo contesto la principale grandezza di riferimento e lo stesso liberalismo assume di conseguenza contorni idiomati, che lo differenziano sensibilmente dai modelli messi a punto in Francia e in Gran Bretagna: è un liberalismo che considera importanti la libertà, la proprietà, i diritti individuali, ma li intende non già come attributi del soggetto come tale, bensì come condizioni giuridiche soggettive maturate nel corso di un lungo processo storico e inseparabili dal nesso che congiunge l'individuo al popolo-Stato.

È l'appartenenza che fonda i diritti e definisce l'identità individuale; e l'ente di riferimento è ormai una nazione tipicamente 'post-rivoluzionaria'; un simbolo di identità capace di mobilitare le energie individuali e collettive e un simbolo di legittimazione di un nuovo e unitario assetto politico-statuale.

Al fondo, è questa la logica che sorregge anche il Risorgimento italiano, che mostra qualche parallelismo con la vicenda tedesca (pur con rilevanti diversità culturali e istituzionali). Anche in Italia la rivoluzione francese e poi la conquista napoleonica sono stati determinanti per dare un contenuto politico a un'identità nazionale che ancora nel Settecento aveva una valenza sostanzialmente linguistica e culturale. L'influenza francese non opera però soltanto 'in negativo', provocando una reazione di rigetto che invita a elaborare modelli radicalmente alternativi, ma continua a offrire spunti sostanzialmente accolti dal movimento nazionale (basti pensare all'idea di codice, che gli italiani continuano a considerare come un tramite importante dell'unità giuridica del paese).

Vale comunque per l'Italia quanto già osservato a proposito della Germania: è la nazione il nuovo simbolo di identità capace di catalizzare le élites sociali e culturali del paese intorno a un progetto di unificazione politica. Il 'Risorgimento' italiano (il movimento di creazione di uno Stato unitario)

è appunto concepito come il ‘risorgere’ della nazione: una nazione forte di un’identità secolare, ma avvilita dalla decadenza degli ultimi secoli, che finalmente diviene cosciente di sé. Alla nazione anche in Italia si guarda con le lenti dello storicismo: è la storia che dà all’identità collettiva la patente di un’oggettività che la rende irrefutabile. Si moltiplicano, nella retorica patriottica, gli elementi che ne sottolineano la ‘fattuale’ consistenza: dalla lingua alla religione, alla cultura, fino al sangue e alla razza<sup>51</sup>. La nazione è una ‘realtà’ storica, oggettiva, indiscutibile: non è un atto di volontà; e tuttavia l’elemento della ‘soggettività’ torna a farsi sentire: in Mazzini (il principale teorico in Italia della nazione) come nel giurista Mancini, che, se non manca di sottolineare il carattere fattuale della nazione, conclude sostenendo che l’elemento decisivo in ultima istanza è la coscienza, la consapevolezza di essere un popolo unitario.

L’Italia non è la Germania e tanto la cultura quanto le realtà politiche dei due paesi sono diverse; e tuttavia non pochi elementi procedono parallelamente: il passaggio (dopo l’onda d’urto della rivoluzione francese) da un’idea ‘culturale’ a un’idea ‘politica’ di ‘nazione’, l’assunzione della ‘nazione’ come strumento di mobilitazione e simbolo di legittimazione del futuro Stato, lo stretto rapporto fra ‘nazionalismo’ e ‘liberalismo’.

In entrambi i casi, nazione e Stato appaiono ormai grandezze interdipendenti: il futuro Stato non può trovare che nella nazione il proprio fondamento di legittimità e la nazione è il simbolo più efficace per fare dello Stato il perno etico e giuridico della comunità. E in entrambi i casi il punto di arrivo, il trionfo del popolo-Stato, il compimento politico dell’identità nazionale, mostra, pur con molti decenni di ritardo sulla Francia, qualche aria di famiglia con quell’ideologia della *grande nation* ‘profeticamente’ celebrata nella poesia di Chénier (ed è di questi contrapposti nazionalismi che si nutre la guerra franco-prussiana che ‘tiene a battesimo’ il Reich).

Ancora diverso è il caso della Spagna<sup>52</sup>, data l’esistenza di un antico centro monarchico (per non parlare della ‘complicazione’ costituita dai territori

---

<sup>51</sup> Cfr. A. M. Banti, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell’Italia unita*, Einaudi, Torino 2000.

<sup>52</sup> Un’importante ed esauriente analisi della problematica della cittadinanza in Spagna è offerta dall’opera collettanea diretta da M. Pérez Ledesma, *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía en España*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 2007.

d'oltre oceano). Anche per la Spagna comunque è la presenza dell'esercito napoleonico – lo straniero all'interno dei confini del regno – a mettere in questione gli equilibri esistenti inducendo a riproporre anche in questo caso, in una situazione inedita, il problema della 'nazione'. Il problema emerge nel vivo della resistenza contro l'occupante francese; una resistenza che trova il suo fulcro nella formazione e nell'azione di corpi politico-istituzionali, le *Juntas*, espressione dei *pueblos* disseminati in tutto il territorio della Spagna (o meglio delle Spagne). Sono le *Juntas* che, sia pure faticosamente, riusciranno a dar vita a un organo unitario – la *Suprema Junta Central Gubernativa del Reino* – che a sua volta nominerà una *regencia* con il compito di convocare le *Cortes*.

Decolla anche in Spagna un processo costituente che sfocerà nella costituzione del 1812<sup>53</sup>; e questo processo ha, come fondamentale punto di riferimento e criterio di legittimazione, la nazione, non diversamente da quanto era accaduto in Francia e sarebbe accaduto in Italia e in Germania. La distanza fra le diverse idee di nazione è però nettissima; e particolarmente lontano dalla vicenda spagnola come da quella tedesca appare il modello francese. In Spagna la posta in gioco non è un'eversiva ri-definizione della nazione. Alla vigilia della rivoluzione in Francia era diffusa la convinzione (espressa con particolare vigore da Sieyès) di trovarsi in una sorta di anno-zero della storia, in un contesto dove tutte le possibilità erano aperte, a patto di strappare la nazione al suo passato e investirla del potere di creare l'ordine futuro in perfetta libertà. Al contrario, le *Juntas* agiscono non già come espressione di una nazione 'nuova', da esse stesse ridefinita e rifondata, bensì come strumenti di tutela della nazione esistente. Influisce sulla visione della nazione l'idea del radicamento storico e della lunga continuità di una costituzione sviluppatasi spontaneamente (il modello che Burke aveva contrapposto all'eversivo 'decisionismo' dell'assemblea francese; un modello ben noto all'intellettualità spagnola<sup>54</sup>).

<sup>53</sup> Cfr., fra gli scritti più recenti, B. Clavero, J. Portillo, M. Lorente, *Pueblos, Nación, Constitución (en torno a 1812)*, Ikusager, Vitoria-Gasteiz 2004; S. Scandellari, *Da Bayonne a Cadice. Il processo di trasformazione costituzionale in Spagna: 1808-1812*, Sicania, Messina 2009; I. Fernández Sarasola, *Los primeros parlamentos moderno de España (1780-1823)*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 2010; M. Lorente Sariñena, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Uam, Madrid 2010.

<sup>54</sup> Cfr. Cl. Álvarez Alonso, *Instrumentalización y utilidad de un mito constitucional: la «English Ancient Constitution» de Coke a Bolingbroke*, in «Fundamentos», 6, 2010,

È questa la nazione cui si richiamano le *Juntas*, che agiscono come suoi organi tutori, in un contesto caratterizzato dal momentaneo impedimento del sovrano. Ed è questa la nazione di cui le *Cortes* intendono essere rappresentative: è dal riferimento alla nazione che esse traggono la loro legittimità (e al contempo è la nazione che viene concretamente ad esistere grazie al meccanismo rappresentativo adottato dalle *Cortes*)<sup>55</sup>.

La nazione ha, se si vuole, un ruolo ancora più importante che non in Francia, se è vero che solo attraverso la sua mediazione i diritti fanno il loro ingresso nella costituzione di Cadice. Nella rivoluzione francese i diritti erano enunciati in un'apposita Dichiarazione che ribadiva il fondamento naturale dei diritti stessi e si presentava al contempo come la premessa necessaria della futura costituzione francese. Nella costituzione di Cadice manca una dichiarazione dei diritti, ma non è certo assente un riferimento ai diritti: che però vengono introdotti attraverso l'obbligato riferimento alla nazione<sup>56</sup>. Come recita l'art. 4 della costituzione gaditana, «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

I diritti menzionati – la libertà, la proprietà – sono i diritti da tempo enunciati dalle filosofie del diritto naturale, che però non viene richiamato come loro fondamento. Vengono quindi meno le condizioni necessarie per la formazione di quel pathos universalistico caratteristico delle due rivoluzioni di fine Settecento (in America e in Francia). Non è l'essere umano come tale ad essere titolare di diritti né la nazione viene investita di una 'missione' salvifica nei confronti dell'umanità. Certo, la nazione spagnola è largamente inclusiva, se si tiene conto che essa, come recita l'art. 1 della costituzione, «es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios» (anche se restano fuori, ovviamente, tanto gli schiavi quanto gli indigeni rimasti prigionieri della loro 'barbarie'). Non è però da una qualche ambizione universalistica, bensì dalla sua stessa tessitura storica che la nazione spagnola trae la sua capacità inclusiva.

---

pp. 203-268; J. Varela Suanzes-Carpegna, *La doctrina de la Constitución histórica de España*, in «Fundamentos», 6, 2010, pp. 307-359.

<sup>55</sup> Cfr. M. Lorente, *La Nación y las Españas*, in B. Clavero, J. Portillo, M. Lorente, *Pueblos, Nación, Constitución*, cit., pp. 101 ss.

<sup>56</sup> Cfr. J.M. Portillo Valdés, *La nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Lacaita, Manduria 1998, pp. 79 ss.

Come è possibile intendere anche da questi minimi e sommari cenni ‘comparativi’<sup>57</sup>, la formazione del significato, al contempo, propriamente ‘politico’ e specificamente ‘moderno’ del termine ‘nazione’ in Occidente è l’esito di un percorso lungo, travagliato e diversificato. In America settentrionale come in Gran Bretagna, in Francia come in Germania, in Italia come in Spagna prendono piede processi di *nation-building* che non occupano la periferia della comunicazione giuspolitica di quelle società, ma fanno parte integrante della formazione del loro assetto costituzionale. Certo, le differenze fra le varie realtà sono impressionanti: lo stesso concetto di ‘nazione’ acquista determinazioni diverse o addirittura opposte a seconda dei contesti politico-culturali, per non parlare dei diversi tempi storici che scandiscono il *nation-building*. E tuttavia, guardando a distanza le linee di svolgimento dei diversi processi, non è impossibile cogliere una comune direzione di fondo. Quanto più ci si addentra nell’Ottocento, tanto più la nazione assume ovunque una posizione dominante nel cielo dei concetti giuspolitici. È intorno alla nazione che gravita la rappresentazione tanto dell’individuo quanto del sistema politico. È dall’appartenenza alla nazione che dipende sempre più strettamente l’identità etico-politica dell’individuo e al contempo è la nazione l’elemento sostantivo capace di legittimare lo Stato facendo di esso il tramite indispensabile dei doveri e dei diritti dei soggetti.

#### 7. NAZIONE, DIRITTI E STATO NEL SECONDO OTTOCENTO

Il secondo Ottocento vede il trionfo, in Occidente, dello Stato-nazione. Lo Stato è divenuto ormai la forma obbligata del sistema politico proponendosi come l’incarnazione giuridico-istituzionale della comunità nazionale. La genesi dello Stato nazionale ha presentato caratteristiche molto diverse a seconda dei contesti storico-sociali presi in considerazione, ma il risultato finale è una forma politica relativamente unitaria. Certo, i diversi sistemi politici (tedesco, italiano, francese e così via enumerando) restano, anche nel secondo Ottocento, realtà politico-istituzionali specifiche e differenti: non è però indebito assumerle come diverse concretizzazioni di un modello o tipo ideale omogeneo, caratterizzato appunto dalla reciproca implicazione dell’ideologia ‘nazionale’ e della forma politica statale.

---

<sup>57</sup> Cfr. Th. Schieder, *Nationalismus und Nationalstaat. Studien zum nationalen Problem im modernen Europa*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1992.

L'idea di nazione ha sorretto il processo di *state-building*, particolarmente impegnativo là dove mancava ancora un assetto politico unitario (come in Italia e in Germania), offrendo ad esso il principale mito di fondazione. Essa però non ha esaurito la sua funzione come strumento di mobilitazione politica, ma ha continuato a svolgere un compito importante nel momento della vera e propria 'costruzione' giuridica dello Stato.

L'esempio più precoce e più importante è offerto dalla Germania. Già nel primo Ottocento la pubblicistica tedesca non si era limitata a mettere a punto un concetto diverso ('anti-francese') di comunità nazionale, ma aveva tematizzato la stretta (appunto 'organica') connessione fra il *Volk* e lo Stato. Avvicinandosi al momento della realizzazione dell'unità politica della Germania e nei decenni successivi alla fondazione del *Reich*, entro la giuspubblicistica tedesca si afferma un orientamento – inaugurato da Gerber – che, per un verso, dichiara di riconoscersi nella tradizione, storicistica e organicistica, del *Volk*, ma, per un altro verso, individua come oggetto esclusivo del sapere giuridico lo Stato. Certo, anche per Carl Friedrich Gerber lo Stato trae origine e linfa da una soggiacente comunità nazionale. Il *Volk* però resta un *prius* rispetto all'orizzonte del giurista, ormai interamente occupato dallo Stato<sup>58</sup>.

È appunto il rapporto fra la comunità e lo Stato il grande punto di discriminazione fra l'imperativismo di Gerber e di Laband e l'approccio di Otto von Gierke, che, al contrario, assume proprio la dialettica fra la comunità e lo Stato, fra la 'sostanza' associativa e la 'forma' statutale, come il tema irrinunciabile della scienza giuridica<sup>59</sup>. Siamo di fronte a una contrapposizione metodologica netta e importante. Ciò che preme sottolineare in questa sede, però, è la comune iscrizione dei contendenti in una prospettiva che fa comunque dello Stato l'espressione obbligata di una soggiacente comunità nazionale.

Non è il riconoscimento del rapporto vitale che collega uno Stato a un popolo la materia del contendere fra 'organicisti' e 'formalisti'. Per Gierke la rinascita politica del popolo tedesco è «il grandioso spettacolo dei nostri giorni», l'esito finale di un processo alimentato dal nesso fra la *Herrschaft* e

---

<sup>58</sup> C. F. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), Tauchnitz, Leipzig 1880. Cfr. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979.

<sup>59</sup> O. von Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in *Drei kleinen Abhandlungen*, Scientia, Aalen 1973.



la *Genossenschaft*, fra una comunità realmente esistente e la forma politica da essa assunta<sup>60</sup>. Gerber a sua volta non è certo indifferente al risultato dell'unità politica e al tema dell'identità nazionale, ma vede nello Stato un ente giuridicamente in sé compiuto, capace di occupare da solo l'intero orizzonte euristico del giurista.

In ogni caso, per ciascuno di questi autori, l'appartenenza al popolo-Stato (il rapporto vitale che collega l'individuo allo Stato nazionale) ha un'importanza decisiva per l'ethos individuale e collettivo; ed è l'appartenenza allo Stato il fondamento dei diritti individuali. L'astro del giusnaturalismo è tramontato da tempo: un esplicito assunto (una scelta 'previa') tanto dei giuristi storicisti quanto dei giuristi formalisti è il rifiuto di attribuire ai diritti un fondamento non riconducibile a specifiche entità collettive.

Nella maggior parte dei casi, i giuristi che tengono a battesimo il nuovo Stato unitario, in Germania come in Italia, sono di ispirazione schiettamente liberale, ma non diffidano dello Stato, bensì lo assumono come il perno dell'ordine e il fondamento dei diritti e delle libertà. È in questa prospettiva che nasce in Germania la teoria dello Stato di diritto<sup>61</sup>; ed è alla Germania che guarda la nuova scienza del diritto pubblico inaugurata in Italia da Vittorio Emanuele Orlando.

Anche Orlando appartiene all'élite liberale e crede nei valori di fondo del liberalismo, ma non esita a porre al centro lo Stato vedendo in esso l'espressione giuridica del popolo. Orlando diffida non dello Stato, bensì di una visione 'rousseauiana' del popolo così come dell'onnipotenza degli individui. Il popolo è il fondamento storico-genetico dello Stato e questo a sua volta non è che «il popolo organicamente considerato»<sup>62</sup>.

Il popolo, per i giuristi del secondo Ottocento, non è una somma di individui né l'individuo è il titolare, in quanto tale, di diritti fondamentali. La comunità nazionale e la sua sovranità sono espresse e realizzate nello Stato, che è al contempo il tramite indispensabile dei diritti dei soggetti<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, I, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Akademische Druck-u. Verlagsanstalt, Graz 1954, p. 832.

<sup>61</sup> Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Feltrinelli, Milano 2002, pp. 89-170.

<sup>62</sup> V.E. Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, diretta da A. Bruniati, vol. V, Utet, Torino 1890, pp. 1131-1132.

<sup>63</sup> Cfr. F. Colao, *L'idea di nazione nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni Fiorentini», 30, 2001, pp. 255-360.

Né troppo lontana dall'atmosfera caratteristica della Germania e dell'Italia del tardo Ottocento è la cultura giuridica dominante in Francia fra Otto e Novecento; una cultura assai meno lontana da quella degli altri paesi dell'Europa continentale di quanto ci saremmo potuti attendere guardando al punto di partenza dei rispettivi processi di *nation-building*.

Certo, Renan sottolineerà la distanza della sua visione dalle concezioni 'naturalistiche' della nazione e insisterà sulla dimensione volontaria e cosciente dell'appartenenza (la nazione come il plebiscito di tutti i giorni). Renan stesso tuttavia non mancherà di richiamarsi alla dimensione storica della comunità nazionale e al senso di un'identità comune nettamente distinta da una somma di volizioni individuali<sup>64</sup>. Fra i giuristi, Esmein insisterà nel vedere nella nazione un'entità superiore all'insieme 'istantaneo' degli individui che la compongono<sup>65</sup> e infine Carré de Malberg teorizzerà con grande chiarezza lo Stato (in antitesi al 'rousseauismo' del '93) come la personificazione giuridica della nazione. Certo, lo Stato presuppone la nazione, che però esiste giuridicamente soltanto attraverso lo Stato, che la rende irrevocabilmente unitaria e visibile, ne esprime la volontà e ne tutela gli interessi<sup>66</sup>.

Lo Stato-nazione è ormai la forma politica dominante in Occidente. Certo, non per questo sono scomparse le diversità fra gli ordinamenti né è divenuta irrilevante l'incidenza delle rispettive tradizioni culturali. Non mancano significative differenze per quanto riguarda le regole di attribuzione di cittadinanza, tradizionalmente riconducibili ai due criteri dello *ius soli* e dello *ius sanguinis*. Prevale lo *ius soli* in Gran Bretagna (teorizzato a partire dal famoso *Calvin's Case* del 1608)<sup>67</sup>; nella Francia post-rivoluzionaria ferve il dibattito, in occasione della codificazione napoleonica, ma lo *ius soli*, fortemente difeso da Napoleone, finisce per prevalere, integrato però dal principio della trasmissione automatica della condizione di francese

---

<sup>64</sup> E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?*, in Id., *La réforme intellectuelle et morale et autres écrits*, a cura di A. De Benoist, Albatros/Valmont, Paris 1982, pp. 88-102.

<sup>65</sup> Cfr. G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. du CNRS, Paris, 1985.

<sup>66</sup> R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Sirey, Paris 1920, vol. I, pp. 2-7.

<sup>67</sup> R. Hanson, *Le droit de l'immigration et de la nationalité au Royaume-Uni*, in P. Weil, R. Hansen (éd.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, Ed. La Découverte, Paris 1999 pp. 71-94.

per filiazione<sup>68</sup>; in Italia viene scelto, pur con qualche temperamento, lo *ius sanguinis*<sup>69</sup>, che è il criterio dominante in Germania, dove la sottolineatura dell'unità etnico-culturale del paese contribuiva a superare la possibile tensione fra le diverse 'appartenenze' (al singolo Stato territoriale, al *Reich*, al *Volk*)<sup>70</sup>.

Queste diversità sono importanti, ma non incidono sulla logica di fondo: che ormai dovunque in Europa identifica l'ordine politico-giuridico con lo Stato-nazione e fa di quest'ultimo il fondamento dei diritti individuali.

Per quanto riguarda i diritti politici, il loro radicamento nella nazione era scontato. Persino nello slancio universalistico della rivoluzione francese ai suoi esordi, la Dichiarazione dell'89 distingueva programmaticamente fra i diritti dell'uomo e del cittadino, fra i 'diritti civili' e i 'diritti politici', che conferivano la possibilità di partecipare attivamente (nella forma della rappresentanza) alla vita della *civitas*. A prescindere dall'isolato estremismo cosmopolitico di un Cloots, era largamente accettata la tesi che solo i cittadini fossero titolari di diritti politici. Le tensioni e i conflitti che si scatenano intorno al tema dei diritti politici riguardano non già il rapporto fra il 'dentro' e il 'fuori', fra i cittadini e gli stranieri, ma la condizione dei membri della medesima comunità politica, differenziati in ragione della loro posizione economico-sociale così come del loro genere. E il punto dolente è decidere se e come queste differenze incidano sull'attribuzione dei diritti politici<sup>71</sup>.

Meno scontata sembra essere la questione dei diritti civili. Certo, essi non possono sfuggire alla logica già presente nel *Code Civil* e destinata a dominare la cultura e la prassi giuridica ottocentesca: la logica secondo la quale nessun elemento giuridico rilevante può esistere fuori dall'orbita

---

<sup>68</sup> P. Weil, *L'histoire de la nationalité française: une leçon pour l'Europe*, in P. Weil, R. Hansen (éd.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, cit., pp. 55-70.

<sup>69</sup> Cfr. C. Bersani, *Modelli di appartenenza e diritto di cittadinanza in Italia dai codici preunitari all'unità*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXX, 1997, pp. 277-344; A. M. Banti, *La nazione del Risorgimento*, cit., p. 169.

<sup>70</sup> S. Green, *La politique de la nationalité en Allemagne. La prédominance de l'appartenance ethnique sur la résidence?*, in P. Weil, R. Hansen (éd.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, cit., pp. 29-54. Sulle differenze fra Francia e Germania dal punto di vista dei criteri di attribuzione della cittadinanza cfr. R. Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 1992.

<sup>71</sup> Cfr. O. Le Cour Grandmaison, *Les citoyens en Révolution (1789-1794)*, P.U.F., Paris 1992.

statal-nazionale. I diritti civili divengono quindi anche essi, per questa via, diritti della *civitas*. È però anche vero che questi diritti – la libertà e la proprietà – erano stati assunti dalla rivoluzione francese come diritti garantiti dalla natura stessa a ogni essere umano (ancorché annunciati dalla nazione e realizzati dalle leggi da essa emanate). È rimasto qualcosa del loro originario afflato universalistico in un contesto – la cultura del maturo Ottocento – dominato dal paradigma dello Stato-nazione?

La risposta può essere cautamente affermativa. La maggioranza dell'opinione pubblica ottocentesca è convinta del circolo virtuoso instauratosi fra la modernità, la civiltà e la libertà-proprietà. In quanto espressione della civiltà moderna, i diritti civili hanno quindi una valenza, se non universale, certo trans-nazionale e il loro rispetto è appunto un segno distintivo di un paese civile e storicamente maturo. È però vero al contempo che nemmeno per i diritti civili può essere messa in parentesi l'ingombrante presenza dello Stato. Lo Stato è determinante per la vita e l'identità dei soggetti che appartengono alla sua sfera; ed è determinante anche la proiezione della sua volontà all'«esterno», nello spazio geo-politico, dove tutto ruota intorno alla volontà insindacabile dei singoli Stati e alle loro eventuali, reciproche concessioni.

È questo il clima generale che incide anche sulla attribuzione dei diritti civili e rafforza la tendenza a «chiuderne» il godimento all'interno delle singole comunità nazionali, nonostante il riconoscimento del nesso che i diritti civili intrattengono con l'intera civiltà moderna. Anche per quanto riguarda i diritti civili varrà quindi, in generale, la regola precocemente enunciata dall'art. 11 del *Code Civil*: «L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra». Va in controtendenza il codice italiano del 1865, il cui articolo 3, ispirato dal giurista Pasquale Stanislao Mancini, ammetterà lo straniero al godimento dei diritti civili senza contropartite<sup>72</sup>. L'Italia e l'Olanda sono però le uniche eccezioni che confermano la regola (e in Italia ben presto questa scelta sarà duramente criticata e la regola della reciprocità reintrodotta nel codice civile del 1942).

L'originario universalismo dei diritti lascia qualche traccia nella diffusa sensazione che i diritti civili abbiano una valenza transnazionale. Ciò però non comporta la sottrazione di quei diritti alla logica dell'appartenenza, dal

---

<sup>72</sup> «Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini».

momento che sono i singoli Stati nazionali a dettare le regole, generalmente ammettendo lo straniero al godimento dei diritti civili solo sulla base della reciprocità del trattamento.

Occorre inoltre tener presente un altro aspetto. La percezione del carattere transnazionale dei diritti civili, diffusa nella cultura giuridica ottocentesca, non basta a sottrarre quei diritti a un preciso radicamento ‘spaziale’: è nello spazio geo-politico e socio-culturale dell’Occidente che quei diritti si collocano. Troppo spesso ‘dimentichiamo’ che il fenomeno della ‘colonizzazione’ delle terre extra-europee da parte delle potenze occidentali – un fenomeno che dal periodo della conquista spagnola dell’America centrale e meridionale arriva fino agli anni Settanta del Novecento – è l’orizzonte obbligato entro il quale si svolge la traiettoria della modernità. L’auto-comprensione dell’Occidente procede sul crinale della contrapposizione fra ‘noi’ e gli ‘altri’, fra ‘civiltà’ e ‘barbarie’: i barbari sono i popoli extra-europei, chiusi in un mondo arcaico e primitivo, di contro ai popoli dell’Occidente, che sono l’avanguardia della storia e i depositari della civiltà. Stato e nazione, diritti e libertà sono nervature essenziali della civiltà moderna e come tali non possono appartenere ai popoli ancora confinati in una situazione di arcaica barbarie. Se è vero dunque che i diritti civili esprimono ancora una tensione trans-nazionale, pur se ostacolata dalla logica statuale-nazionale, resta comunque il fatto che tanto i diritti civili quanto la statualità e il principio di nazionalità vengono concepiti come fenomeni non separabili dalla civiltà e dalla modernità, di cui sono una componente essenziale. Stato, nazione, diritti non valgono per i barbari. Lo stesso principio di nazionalità, la convinzione (determinante per lo *State-building* italiano e tedesco) che ogni popolo abbia il diritto di organizzarsi come Stato, è una prerogativa dei popoli civili: Pasquale Stanislao Mancini, uno dei più noti teorici della necessaria corrispondenza fra nazione e Stato, non esita a sostenere, in un dibattito parlamentare del neonato Stato italiano, il legame necessario fra Occidente, civiltà e principio di nazionalità<sup>73</sup>.

È dunque la logica dell’appartenenza che domina l’Ottocento; un’appartenenza, per così dire, a due livelli: un livello principale ed evidente, segnato dallo Stato-nazione e dai confini che delimitano lo spazio su cui si esercita la sua sovranità; e un livello meno evidente ma non meno significativo,

---

<sup>73</sup> Cfr. F. Treggiari, *Diritto nazionale e diritto della nazionalità: Pasquale Stanislao Mancini*, in *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino*, a cura di G. Badiali, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1991, vol. I, pp. 273-297.

contraddistinto dalla comune appartenenza alla civiltà moderna (bianca, occidentale, colonizzatrice).

Un più percepibile respiro universalistico è possibile forse cogliere guardando alle lotte per i diritti che percorrono l'intero Ottocento: le lotte per i diritti politici, per la democrazia, contro le discriminazioni legate alle differenze di censo e di genere; e le lotte per i diritti sociali e in genere per una diversa distribuzione del potere e delle risorse. La retorica etico-politica adottata a sostegno di queste rivendicazioni è infatti spesso improntata a un'interpretazione radicale del principio di eguaglianza, che sembra superare di fatto (e talvolta anche esplicitamente e programmaticamente) i confini nazionali. Non dobbiamo però trascurare due aspetti. Da un lato, se la logica delle rivendicazioni egualitarie ha assonanze universalistiche, l'effettiva dinamica dei conflitti e l'esito delle rivendicazioni tendono a svolgersi e a esaurirsi nella cornice delle singole società nazionali. Dall'altro lato, il simbolo della nazione non resta estraneo a questa vicenda. Le classi dirigenti infatti, quando cominciano a ritenere insufficiente per la difesa dell'ordine il ricorso alla mera coazione e mirano a promuovere l'integrazione delle classi subalterne concedendo l'allargamento del suffragio e ponendo le prime basi del futuro 'Stato sociale', fanno volentieri ricorso al simbolo della nazione per sottolinearne la forza inclusiva e identitaria.

È ancora una volta nell'orizzonte dello Stato-nazione che i diritti trovano la loro collocazione: non solo i diritti del cittadino, i diritti politici, ma anche quei diritti che in origine erano stati detti naturali (e come tali 'universali'), ma erano poi stati attratti, in quanto diritti 'civili', nell'orbita dello Stato; e non solo i diritti già consolidati e positivizzati, ma anche quei diritti (i *moral rights*, come li chiamava John Stuart Mill) che, pur costituendo la posta in gioco di conflitti che investono la società occidentale nel suo assetto complessivo e trans-nazionale, tuttavia finiscono anch'essi per chiudersi entro i confini dell'una o dell'altra società nazionale.

#### 8. NAZIONE, DIRITTI E STATO NEI TOTALITARISMI DEL NOVECENTO

Di fronte ai conflitti provocati dal processo di industrializzazione la nazione rivela nuove e importanti risorse simboliche, mostrandosi efficace non soltanto come condizione di legittimità dello Stato, ma anche come richiamo a un'identità collettiva che si vuole superiore tanto agli interessi dei singoli quanto alle contrapposizioni delle classi. L'allargamento del suffragio, l'intervento assistenziale dell'amministrazione nei confronti dei

cittadini disagiati, i tentativi di contenere il conflitto e integrare quella classe – il proletariato urbano – ancora percepita come estranea e pericolosa per la tenuta dell'ordine trovano un notevole supporto nell'immagine di una comunità inclusiva, che indirizza tutti i suoi membri, al di là di qualsiasi divisione interna, verso un comune destino.

Far leva su simboli capaci di comunicare il senso di un'identità e di un destino comuni era una strategia che le classi dirigenti, fra Otto e Novecento, potevano impiegare in più direzioni: per diminuire la conflittualità interna e garantire la tenuta dell'ordine, ma anche per poter disporre di una massa di manovra relativamente docile e disponibile ad avventure militari ed espansionistiche.

Il nesso fra il simbolo della nazione e la guerra non è certo una novità: con la guerra la nazione è sempre stata intimamente collegata. Nemmeno lo slancio universalistico della rivoluzione era stato sufficiente a neutralizzare durevolmente la logica, insieme inclusiva ed esclusiva, della nazione. Era 'contro' qualcosa che la nazione (in Germania, in Italia, in Spagna) si era venuta definendo come entità politica. La nazione è un simbolo che rafforza un 'gruppo-noi' nel momento in cui lo contrappone a un nemico che ne insidia le legittime istanze di affermazione. Nel primo Ottocento, in Germania, in Italia, l'appello all'unità nazionale è anche un appello alle armi, a una resistenza o a una guerra legittime in quanto condotte in nome della libertà conculcata di un popolo. È questo l'argomento cui si ricorre largamente nell'Italia del Risorgimento: dove Giuseppe Mazzini, per un verso, esorta la nazione a combattere senza quartiere il nemico, ma, per un altro verso, immagina e auspica un'Europa delle nazioni, dove ciascun popolo, finalmente libero e autonomo, possa coesistere armoniosamente con tutti gli altri.

Nell'Italia del Risorgimento, la vocazione guerriera della nazione è ancora temperata dall'obiettivo che la legittima: la liberazione dal giogo straniero. Quanto più ci si avvicina alla fine del secolo, però, tanto più si infittiscono i segnali di una rilevante discontinuità nella rappresentazione della nazione. Nel quadro dei crescenti successi del darwinismo sociale, la auto-affermazione della nazione tende ad essere collegata non tanto all'esercizio di un diritto (collettivo) di libertà, ma alla vitalistica espressione della propria volontà di potenza: se quindi il nazionalismo del primo Ottocento (ad esempio nell'Italia risorgimentale) trovava nell'autonomia di un popolo il proprio fondamento e quindi anche il proprio limite, nel secondo Otto-

cento, e poi all'alba del nuovo secolo, prendono a diffondersi orientamenti che celebrano l'indefinito, illimitato espansionismo della nazione.

Sono orientamenti che, ancora una volta, assumono inflessioni diversi a seconda delle culture 'locali', ma indicano anche una tendenza condivisa. In Inghilterra, il fenomeno cui guardano tutti coloro che vogliono celebrare la grandezza della nazione è la sua impressionante espansione 'colonizzatrice', che sta avviandosi al suo acme. È in questo contesto che vedono la luce opere, il cui straordinario successo di pubblico è già di per sé un sintomo del nuovo clima: basti pensare a *Greater Britain*<sup>74</sup>, di Charles Dilke, cantore dell'«Anglo-Saxondom», a *Expansion of England*, di John Seeley<sup>75</sup> e infine ai saggi di John Adam Cramb, che non esita a parlare di un «onward movement of an imperial State, of a race destined to empire» come di una fase destinata ad assorbire e superare il concetto stesso di 'nazione'<sup>76</sup>. In Germania, il nesso immediato e diretto fra lo Stato e la guerra (già teorizzato da Hegel) trova, nella seconda metà del secolo, significative sottolineature: ad esempio in Treitschke, che vede nella guerra il destino stesso dello Stato nazionale e ravvisa nell'espansione coloniale un'importante espressione della sua capacità di auto-affermazione<sup>77</sup>. Si formano movimenti 'nazionalisti' in Francia (con Maurras e Barrès), mentre nasce in Italia, agli inizi del Novecento, un vero e proprio partito nazionalista (con Corradini e Rocco).

La nazione è ancora una volta posta al centro dell'attenzione. E tuttavia è ormai evidente la discontinuità che separa la nuova, otto-novecentesca, idea di nazione dagli entusiasmi nazionalistici della prima metà del secolo. Il nuovo nazionalismo è vitalistico ed espansionistico: la nazione esiste in quanto capace di imporsi, economicamente e militarmente, in un continuo confronto e conflitto con le potenze concorrenti. L'alternativa all'espansione è per un popolo soltanto l'implosione e la decadenza: è la guerra dunque (la guerra coloniale e la guerra per l'egemonia in Occidente) il destino cui nessun popolo può sottrarsi.

Certo, per la maggioranza dell'opinione pubblica l'ottimismo *bell'èpoque* resiste ancora, ma è ormai sfidato da un nuovo nazionalismo che invoca

---

<sup>74</sup> Ch. Dilke, *Greater Britain: A Record of Travel in English-Speaking Countries during 1866 and 1867*, Macmillan, London 1870<sup>5</sup>.

<sup>75</sup> J. Seeley, *Expansion of England*, Robert Brothers, Boston 1883.

<sup>76</sup> J.A. Cramb, *Reflections on the origins and destiny of Imperial Britain*, J. Murray, London 1915 (Lecture IV, § 2).

<sup>77</sup> H. von Treitschke, *Politik*, Hirzel, Leipzig 1899<sup>2</sup>.



i bagliori della guerra; e la guerra (la prima guerra mondiale) esploderà in effetti nel secondo decennio del Novecento, offrendo una drammatica verifica della nuova visione, aggressiva e bellicista, della nazione. Muta l'idea di nazione e questo cambiamento non ha una valenza solo ideologica, ma incide sulla dinamica del rapporto fra lo Stato e la società, contribuendo a legittimare, in nome delle supreme ed eccezionali urgenze della nazione, un intervento incisivo e autoritario del potere politico sulla sfera delle autonomie individuali.

Nei paesi sottoposti alla pressione della guerra si moltiplicano i provvedimenti 'eccezionali', di restrizione delle libertà e di scavalcamento dei principî di garanzia: l'ormai consolidata logica dell'appartenenza statuale-nazionale (fondamento ultimo e determinante della condizione giuridica dei soggetti) viene confermata ed esasperata in nome della *salus populi* e si traduce nell'irrigidimento del rapporto fra il 'dentro' e il 'fuori': in nome della nazione in armi è legittimo ricorrere a tutti i mezzi per neutralizzare i nemici interni ed esterni. Una qualsiasi espressione di dissenso può essere repressa come manifestazione di 'inimicizia', di spirito 'anti-nazionale'. Le garanzie tipiche dello Stato di diritto (a partire dalla divisione dei poteri) si allentano, l'internamento dei 'nemici' in appositi campi di detenzione diviene una prassi largamente seguita<sup>78</sup>.

La nazione esprime tutta la sua vocazione aggressiva e la guerra in atto a sua volta moltiplica esponenzialmente gli effetti del nuovo nazionalismo. Certo, la guerra è una circostanza eccezionale e potremmo attenderci un ritorno allo *status quo* con la fine delle operazioni belliche. In realtà non è così e la guerra costituisce uno spartiacque decisivo fra una nuova stagione politica e culturale e il secolo precedente. Le novità non mancano nemmeno là dove viene conservato l'assetto politico-istituzionale ereditato dal passato (come in Gran Bretagna e in Francia), ma sono esplosive nei paesi (come l'Italia e la Germania) dove, fra gli anni Venti e Trenta, vengono instaurati regimi – il fascismo e il nazionalsocialismo – direttamente contrapposti alla tradizione liberal-democratica.

---

<sup>78</sup> Cfr. G. Procacci, *La limitazione dei diritti di libertà durante la prima guerra mondiale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici e la lotta ai 'nemici interni' (1915-1918)* in «Quaderni fiorentini», 38, 2009 (*I diritti dei nemici*), pp. 691 ss. e F. Colao, «Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia». *I 'fuoriusciti' nel Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 38, 2009 (*I diritti dei nemici*), pp. 653 ss.

In Italia, il mito di fondazione del movimento (e poi del partito) fascista è per l'appunto la nazione<sup>79</sup>: la nazione temprata e santificata dalla guerra, ma tradita e avvilita da uno Stato indebolito dalla democrazia e dal parlamentarismo. Il fascismo invoca una rifondazione dell'autorità e una trasformazione dello Stato in nome della nazione, di cui esso si pretende l'unica voce autentica. Ancora una volta, la nazione appare una pedina simbolica di importanza strategica nella comunicazione e nel conflitto politico del momento.

Incide sull'ideologia del fascismo l'eredità del partito nazionalista, che confluirà nel partito fascista nel 1923 e porterà in eredità al fascismo esponenti di spicco, a partire da Alfredo Rocco. Ed è dall'esperienza del partito nazionalista italiano (corroborata dalla guerra) che il fascismo trarrà la sua idea di nazione; una nazione aggressiva ed espansionistica, all'esterno, e rigidamente omogenea e unitaria all'interno. Appellandosi alla nazione, il fascismo può presentarsi come l'erede e il continuatore del Risorgimento (che proprio nella nazione aveva trovato il suo principale sostegno ideale) e al contempo rivendicare a se stesso il merito di aver liberato lo Stato dalle deformazioni 'democratiche' in modo da renderlo una più credibile concretizzazione della nazione.

Stato e nazione continuano a presentarsi come due facce della stessa moneta, come nell'Ottocento. La continuità è però più apparente che reale. Nasce una nuova forma di Stato, caratterizzato dalla cancellazione del pluralismo politico e ideologico caratteristico della liberal-democrazia, dal congelamento coattivo della conflittualità sociale e dalla organizzazione corporativistica del lavoro; ed è questo Stato-nazione a presentarsi come un'entità 'sacrale', che esige il superamento degli egoismi individualistici, l'impegno oblativo dei suoi membri, l'unità della 'fede', la più rigorosa omogeneità. Il più autentico nucleo 'totalitario' del fascismo si coglie proprio nella rappresentazione di una società nazionale che trova nello Stato l'espressione e la consolidazione della sua aggressività bellicista, nei confronti degli 'estranei', e della sua omogeneità interna, intollerante nei confronti di qualsiasi opinione o forma di vita diversa ed autonoma.

In questa prospettiva, la logica dell'appartenenza celebra il suo trionfo e si riverbera sul modo di concepire i diritti: che non sono radicalmente azze-

---

<sup>79</sup> Cfr. E. Gentile, *La grande Italia: ascesa e declino del mito della nazione nel ventesimo secolo*, Mondadori, Milano 1999.

rati, dal fascismo, bensì assunti come variabili dipendenti dell'ordinamento statual-nazionale. Anche su questo fronte, il fascismo ama giocare contemporaneamente su due tavoli: il tavolo della continuità con la tradizione ottocentesca e il tavolo dell'innovazione. La convinzione, ormai egemone nel secondo Ottocento, della dipendenza dei diritti dallo Stato-nazione viene accolta, ma al contempo viene utilizzata per attaccare il carattere 'individualistico' dei diritti e sostenerne la disapplicazione là dove entrano in gioco i supremi interessi della collettività nazionale. Potranno quindi reggere (ovviamente nei limiti decisi dallo Stato) i diritti del cittadino *uti singulus*, ma dovrà essere cancellato quel sistema delle libertà pubbliche incompatibile con la struttura autoritaria e gerarchica del nuovo ordine.

La nazione, che nelle rivoluzioni di fine-Settecento rinviava al protagonismo dei soggetti e al loro potere 'costituente', al potere di creare liberamente il nuovo 'ordine dei diritti', diviene, nei totalitarismi del Novecento, il simbolo che evoca una compatta massa di manovra guidata da un Capo che si presenta come 'oggettivamente' rappresentativo della volontà 'autentica' dei soggetti.

Se nell'Italia fascista la parola-chiave è la nazione, nella Germania nazionalsocialista il mito di fondazione è il *Volk*, il popolo. E proprio il *Volk* era la realtà etico-storica che la cultura romantica e organicistica del primo Ottocento celebrava come il substrato dell'ordine e come il fondamento dei diritti individuali. Non mancano quindi, anche nella pubblicistica nazionalsocialista (come in quella fascista), istanze di 'annessione' dell'eredità ottocentesca. È però prevalente in Germania il bisogno di sottolineare la novità e la frattura, facendo leva su un elemento determinante per l'ideologia nazionalsocialista: la razza. Il popolo è il mito di fondazione del nuovo regime (come la nazione lo era per il fascismo); esso è però concepito non come un'entità storico-culturale, ma come una realtà naturalistica, biologica, come una razza, che trova nel partito nazionalsocialista e infine nel *Führer* gli organi capaci di esprimerne le istanze più profonde.

Il popolo è 'razza' e il criterio dell'inclusione e dell'esclusione è scritto nel 'sangue' degli individui e ha la stessa oggettività e immutabilità delle leggi naturali. È l'identità razziale che determina il comportamento individuale e collettivo non meno dei rapporti fra i diversi popoli: rapporti che già le ideologie razziali (sviluppatasi nell'Europa di fine Ottocento) avevano indicato come necessariamente conflittuali, segnati dall'incoercibile aspirazione al dominio che anima la razza 'superiore'.

La logica dell'appartenenza raggiunge il suo acme ed entra in rotta di collisione con il discorso dei diritti. Con il nazionalsocialismo è il concetto stesso di diritto soggettivo ad essere bandito: per Karl Larenz – uno dei più brillanti giuristi nazionalsocialisti – non esiste il soggetto come tale, ma esiste solo il *Volksgenosse*, il membro di un popolo definito dalla sua identità razziale<sup>80</sup>. Nemmeno la capacità giuridica, il diritto ad avere diritti, può essere riconosciuto a un individuo indipendentemente dalla sua appartenenza al *Volk*. Le ottocentesche lotte per i diritti si rovesciano nel loro contrario: nella lotta (reclamata da Larenz) contro il diritto soggettivo, contro l'idea stessa di un 'diritto del soggetto'. Il parossismo dell'appartenenza, la radicalizzazione 'naturalistica', 'biologistica' del vincolo identitario, rendono illegittimo il discorso dei diritti. Il rapporto fra diritti e appartenenza, sempre problematico ma mai interrotto nella lunga traiettoria dell'idea moderna di 'nazione', va incontro a una frattura radicale, che non ammette eccezioni o temperamenti.

#### 9. L'UNIVERSALISMO DEI DIRITTI E LA RETORICA DELL'APPARTENENZA: DALLA DICHIARAZIONE DEL 1948 AI NOSTRI GIORNI

Il parossismo dell'appartenenza 'identitaria', l'azzeramento dell'individuo e dei suoi diritti, l'onnipotenza del potere sono tratti caratteristici dei regimi 'totalitari' instaurati in Italia e in Germania negli anni Venti e Trenta del Novecento. Non sorprende quindi constatare che le potenze alleate, nel momento in cui promettono, come risultato dei sacrifici chiesti ai loro cittadini, la nascita di un mondo nuovo, finalmente liberato dall'incubo totalitario, prendano a sottolineare, già nel corso del conflitto mondiale e poi nell'immediato dopoguerra, il ruolo centrale e determinante che i diritti dovranno svolgere nei nuovi assetti politici.

La guerra contro il totalitarismo viene combattuta in nome dei diritti: il totalitarismo ha annullato l'individuo a vantaggio della razza, della nazione aggressiva, dello Stato onnipotente; sconfiggere il totalitarismo significa restituire alla persona il suo valore assoluto e corredarla di diritti inviolabili. La democrazia è la nuova parola d'ordine; e democrazia significa, negli anni della guerra e del dopoguerra, porre al centro la persona e attribuire ad essa tutti i diritti che ne garantiscano il pieno sviluppo: non solo i diritti civili, ma anche i diritti politici e i diritti sociali.

<sup>80</sup> K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Mohr, Tübingen 1934. Cfr. M. La Torre, *La «lotta contro il diritto soggettivo»*. *Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè, Milano 1988.

La cultura anti-totalitaria, anche se differenziata al suo interno, fa leva sull'autonomia e sulla rilevanza dell'individuo, lo vuole titolare di diritti fondamentali, attacca l'idolatria dello Stato-nazione e della sua assoluta sovranità. Difendere i diritti significa prendere le distanze dallo Stato della tradizione ottocentesca e cominciare a pensare a una forma diversa di organizzazione politica.

È questa la filosofia che sostiene lo sforzo bellico degli alleati e trionfa nel secondo dopoguerra divenendo il terreno culturale e valoriale sul quale affondano le radici le nuove democrazie costituzionali. La visione dei diritti va incontro a un drastico cambiamento di prospettiva rispetto alle tradizioni ottocentesche: se l'Ottocento credeva all'esistenza di un 'circolo virtuoso' fra Stato e diritti, la tragica esperienza del totalitarismo ha posto in primo piano l'esigenza di sottolineare il carattere assoluto e pre-statuale dei diritti. Non può essere più l'appartenenza allo Stato-nazione (ormai screditato dalle sue involuzioni totalitarie) il criterio di attribuzione dei diritti. Al contrario, è proprio la diretta connessione fra i diritti e la persona ad essere assunta come il fondamento e il criterio di legittimità dell'ordine politico.

È sulla base di questi presupposti che nascono i nuovi ordinamenti costituzionali in Italia, in Francia, in Germania: pur nella diversità di alcune scelte specifiche, è comune l'esigenza di vedere nei diritti fondamentali il perno del nuovo ordinamento, facendo al contempo dello Stato uno strumento di tutela e di realizzazione dei diritti stessi.

È indicativo di questo orientamento il dibattito svoltosi nell'assemblea costituente italiana, dove proprio i diritti (non solo i diritti civili, ma anche i diritti politici e i diritti sociali) vengono assunti come il fondamento del nuovo ordine e si prestano a divenire il punto di incontro fra le posizioni (culturalmente molto distanti) del partito cattolico e dei partiti socialista e comunista. Il giurista Giorgio La Pira (autorevole esponente del gruppo cattolico alla costituente) esprime con chiarezza il senso di questa strategia: porre al centro i diritti significa, direttamente, sbarrare la strada al fascismo e impedire qualsiasi futura regressione totalitaria, ma, indirettamente, anche prendere le distanze da quello statalismo ottocentesco che La Pira considera l'antecedente necessario della dittatura fascista<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> G. La Pira, *Principi relativi ai rapporti civili* [Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione, I<sup>a</sup> sottocommissione. Relazione del deputato La Pira Giorgio], in G. La Pira, *La casa comune. Una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Cultura, Firenze 1979.

Porre al centro i diritti e diffidare dello Stato sono due componenti essenziali della cultura del secondo dopoguerra: è diffusa la convinzione che i totalitarismi del Novecento siano la degenerazione estrema dello statocentrismo imperante nella cultura giuridica tardo-ottocentesca. L'impepativismo e il positivismo giuridico vengono condannati in quanto, lungi dall'aver contrastato la deriva totalitaria, si sono comportati come i 'servi sciocchi' del totalitarismo<sup>82</sup> e prende ad essere apprezzato, di conseguenza, il loro più diretto (e fino a quel momento perdente) antagonista, il giusnaturalismo, cui arride ora una vera e propria 'rinascita'.

In realtà, il successo di filosofie compiutamente giusnaturalistiche non è né incontrastato né durevole. Potremmo parlare però, per connotare il clima del secondo dopoguerra, se non di un giusnaturalismo 'ortodosso', di un giusnaturalismo 'in senso stretto', certamente di un 'giusnaturalismo in senso ampio', per alludere alla diffusa diffidenza nei riguardi dello Stato e all'esigenza di strappare ad esso il monopolio del diritto e dei diritti<sup>83</sup>.

È questo il clima entro cui nascono in Europa i nuovi ordinamenti costituzionali ed è questa l'ispirazione di fondo di un documento internazionale, destinato a un successo crescente nel corso del Novecento: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, varata nel 1948 dalle Nazioni Unite. Pur con le lacerazioni interne alla Commissione incaricata di redigere la Dichiarazione (sono già percepibili i segni dell'imminente 'guerra fredda')<sup>84</sup>, la 'scommessa', da cui dipende la possibilità stessa della Dichiarazione, regge alle difficoltà; e la scommessa è appunto l'attribuzione di una articolata serie di diritti fondamentali agli individui 'in quanto tali'. Non è più lo Stato l'ambiente socio-giuridico entro cui obbligatoriamente i diritti si determinano e si affermano. Al contrario, sono i diritti a proporsi come il decisivo criterio di valutazione della legittimità o illegittimità di ogni ordine politico.

---

<sup>82</sup> Cfr. ad esempio G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), in Id., *Rechtsphilosophie III*, a cura di W. Hassemer [*Gesamtaufgabe*, a cura di A. Kaufmann, Band 3], Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1990, p. 78.

<sup>83</sup> Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*, in *Direito natural, justiça e política*, a cura di P. Ferreira da Cunha, Coimbra Editora, Coimbra 2005, pp. 213-44.

<sup>84</sup> Cfr. *The Universal Declaration of Human rights. A Common Standard of Achievement*, a cura di G. Alfredsson, A. Eide, Nijhoff, The Hague-Boston-London 1999; A. Casese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2004.

La radicale contrapposizione ai totalitarismi sollecita una più generale presa di posizione nei confronti dell'eredità ottocentesca: il primato dell'appartenenza a una comunità statuale-nazionale è sostituito dal primato dei diritti, attribuibili all'individuo come tale, al di fuori di qualsiasi mediazione politico-istituzionale. Il particolarismo delle appartenenze è sconfitto da un intransigente universalismo, che sembra saltare a piè pari i sociologismi, i positivismi, gli storicismi ottocenteschi per ricongiungersi con il momento delle origini del discorso 'moderno' dei diritti: con le teorie sei-settecentesche dei diritti naturali.

In realtà, non siamo di fronte a un impossibile 'ritorno'. Le distanze dalla filosofia proto-moderna del diritto naturale sono rilevanti, non solo perché è radicalmente diverso il contesto, ma anche perché sono mutati i presupposti dottrinari e sono diversi i diritti indicati come fondamentali dalla Dichiarazione del '48: non più soltanto la libertà-proprietà di lockiana memoria, ma tutti i diritti (civili, politici e sociali) venuti a maturazione nel corso dell'Otto-Novecento (da questo punto di vista la Dichiarazione non già 'scavalca' il passato più recente, ma ne mette a frutto l'eredità).

Trionfano i 'diritti dell'uomo' con la Dichiarazione del 1948 e prende avvio da essa un 'discorso dei diritti' destinato a svilupparsi con crescente successo nella seconda metà del Novecento, fino ai nostri giorni; un discorso che fa dei diritti uno strumento indispensabile per la promozione della persona e della sua dignità, relegando al contempo in una posizione 'servente' e secondaria il momento dell'appartenenza a una comunità politica.

Certo, il trionfo dei diritti non è stato e non è incontrastato. Una critica acuta, che mette a fuoco proprio il rapporto fra diritti e appartenenza, era stata formulata da Hannah Arendt facendo leva su un dramma che si stava svolgendo, nel secondo dopoguerra, sotto i suoi occhi e coinvolgeva milioni di individui sradicati, privi, a causa delle vicende belliche, del loro originario legame di appartenenza<sup>85</sup>. Il dramma degli apolidi – sprovvisti di diritti e sbalottati fra uno Stato e l'altro – lungi dal mostrare l'irrilevanza dell'appartenenza, offre la tragica verifica dell'impotenza dei diritti celebrati come 'umani' e 'fondamentali'. Al contrario, secondo la Arendt, è soltanto quando i diritti divengono 'diritti del cittadino', posizioni di vantaggio interne a una precisa appartenenza politica, che essi si rivelano in grado di proteggere

---

<sup>85</sup> Cfr. S. Salvatici, *Senza casa e senza paese: profughi europei nel secondo dopoguerra*, il Mulino, Bologna 2008.

efficacemente i loro titolari. Solo il diritto alla «Staatbürgerschaft» è dunque il vero ‘diritto dell’uomo’<sup>86</sup>.

La voce di Hannah Arendt è una voce contro corrente, in un clima culturale dove il momento dell’appartenenza sembra aver perduto tutto il suo antico fascino. Non è peraltro solo il nuovo (o rinnovato) universalismo dei diritti a mettere in difficoltà la logica dell’appartenenza. Sono infatti venuti nel frattempo a maturazione orientamenti e fenomeni che concorrono a indebolire il modello statual-nazionale ottocentesco.

Già la traumatica esperienza della prima guerra mondiale aveva richiamato l’attenzione sul ruolo che il sistema degli Stati sovrani aveva avuto nello scatenamento della guerra. Era l’onnipotenza irresponsabile dello Stato sovrano, se non la causa, certo il presupposto necessario del *bellum omnium* ‘15-18’: era questa la diagnosi che cominciava ad essere formulata negli anni Venti e Trenta in Italia (ad esempio da Luigi Einaudi<sup>87</sup>) come in Inghilterra, dove negli anni Trenta prendono vita orientamenti e movimenti che si fanno portatori di un modello alternativo di Stato: lo Stato federale<sup>88</sup>.

Il federalismo ovviamente aveva già una lunga storia alle spalle. Nei federalisti degli anni Trenta e Quaranta emergono però temi ed accenti strettamente legati a un periodo caratterizzato, da un lato, dal ricordo della prima guerra mondiale e, dall’altro, dall’incombente presenza dei regimi totalitari. In questo contesto matura una doppia convinzione: che la libertà individuale, all’interno dei singoli Stati, possa essere tutelata soltanto dalla valorizzazione delle autonomie locali; e che la sicurezza, la liberazione del mondo dal rischio della guerra, siano possibili soltanto a patto di ridurre il potere degli Stati a vantaggio di organismi sovra-statali e sovra-nazionali.

Quali siano la composizione e le caratteristiche di questi futuri organismi resta materia di opinioni divergenti. Quanto più però ci si avvicina al confronto finale con i regimi totalitari, tanto più forza prende l’idea di un’Eu-

---

<sup>86</sup> H. Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht* (1949), in O. Höffe (a cura di), *Praktische Philosophie/ Ethik*, Band 2, Fischer, Frankfurt a. M. 1981, p. 167. Cfr. anche Ead., *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, Brace & Company, New York 1951.

<sup>87</sup> L. Einaudi, *La società delle nazioni è un ideale possibile?* (1918), in L. Einaudi, *La guerra e l’unità europea*, Ed. di Comunità, Milano 1948, pp. 12-16.

<sup>88</sup> Cfr. ad esempio Ph. Kerr (Lord Lothian), *Pacifism is not enough. Collected Lectures and Speeches*, a cura di J. Pinder e A. Bosco, Lothian Foundation Press, London-New York 1990. Cfr. J. Pinder, «Manifesta la verità ai potenti»: i federalisti britannici e l’establishment, in *I movimenti per l’unità europea dal 1945 al 1954*, a cura di S. Pistone, Jaca Book, Milano 1992, pp. 113-45.



ropa federale, capace di chiudere per sempre la lunga stagione delle ‘guerre civili europee’. È questo ad esempio il progetto che Altiero Spinelli delinea nel suo periodo di confino, come antifascista, nell’isola di Ventotene<sup>89</sup>. Ed è un progetto che continuerà ad essere difeso negli anni del dopoguerra.

Certo, non è l’Europa federale progettata da Spinelli l’ordinamento sovra-statale che viene faticosamente costruito nel secondo Novecento: quali siano la sua natura giuridica e le sue caratteristiche strutturali è ancora un problema intensamente discusso dagli specialisti. Resta comunque indubbio che l’Unione Europea è una realtà che incide sempre più a fondo sulla vita dei cittadini degli Stati membri e modifica molte delle caratteristiche dell’appartenenza teorizzata dalle tradizioni ottocentesche. Si attenua il carattere esclusivo dell’appartenenza statual-nazionale a vantaggio di una sua dimensione plurale: dopo Maastricht, il cittadino spagnolo, italiano o francese (e così via enumerando) è, proprio in quanto individuo appartenente allo Stato spagnolo, italiano o francese, anche cittadino europeo. L’appartenenza si dilata verso l’alto, ma non solo: essa al contempo si piega verso il basso e si articola ulteriormente, nella misura in cui, grazie al diffondersi dei movimenti autonomistici e federalistici, prendono importanza e visibilità le ‘piccole patrie’, le realtà locali, sacrificate dalle scelte centralistiche dell’uno o dell’altro Stato nazionale. L’appartenenza (al singolare) si converte nelle appartenenze (al plurale), tanto da indurre qualche osservatore a far leva sul tasto (a mio avviso storiograficamente pericoloso) dell’analogia ed evocare l’Europa di antico regime e il suo caratteristico intreccio di appartenenze e inclusioni: il ‘pre-moderno’ (con la molteplicità delle sue appartenenze) sembra idealmente congiungersi (all’insegna della rinnovata pluralità delle appartenenze) con il ‘post-moderno’, di contro a una ‘modernità’ dominata dallo Stato-nazione e dalla sua logica inclusiva-esclusiva.

Da due punti di vista, dunque, lo Stato nazionale subisce un forte ridimensionamento rispetto alla tradizione ottocentesca: da un lato, in quanto i diritti ne sono indipendenti e anzi valgono come il suo principale criterio di legittimazione; dall’altro lato, in quanto l’appartenenza non si esaurisce nel perimetro di una determinata comunità nazionale.

Se poi aggiungiamo, a questi elementi, il fenomeno della crescente incidenza delle grandi *corporations* nella vita economica e sociale dei singoli paesi, la loro connaturata ‘ubiquità’, il loro potere di prendere decisioni di

---

<sup>89</sup> A. Spinelli, *Il Manifesto di Ventotene*, il Mulino, Bologna, 1991.

grande portata nel sostanziale vuoto di controlli e di regole vincolanti<sup>90</sup>, vediamo ulteriormente compromessa la capacità degli Stati sovrani di difendere effettivamente le condizioni di vita dei propri cittadini (e ottenerne in cambio un motivato lealismo).

È comprensibile dunque una diagnosi complessivamente pessimistica sullo stato di salute dello Stato nazionale. Conviene però chiedersi, in termini più generali, se tutto ciò basti ad autorizzare la conclusione dell'ormai incontrastato trionfo dell'universalismo dei diritti contro il particolarismo delle appartenenze. Credo che una siffatta conclusione sarebbe troppo semplice.

È vero che i diritti dell'uomo vengono enunciati, nella Dichiarazione del 1948 e nei successivi documenti internazionali, come i diritti dell'essere umano in quanto tale (né posso nemmeno accennare in questa sede al difficile e discusso problema del carattere effettivamente 'universale' o piuttosto meramente relativo, storico, 'occidentale', dei diritti dell'uomo). È però sufficiente il trionfo planetario della retorica dei diritti, assunti come prerogative dell'essere umano come tale, per rendere ormai irrilevante il momento dell'appartenenza?

In primo luogo, conviene non trascurare il fatto che la tenuta dell'ordine politico riposa in buona parte sul lealismo dei suoi membri, a sua volta alimentato da un senso di appartenenza a una comunità inclusiva<sup>91</sup>. È questa l'esigenza su cui aveva fatto leva la costruzione ottocentesca della nazione; e l'immaginario nazionale a sua volta proiettava su una nuova entità collettiva (appunto la nazione) quel senso di appartenenza e di identità che il cittadino medievale (e proto-moderno) aveva provato nei confronti della città. In questa prospettiva, il senso dell'appartenenza si trasforma, ma non si cancella e si ripropone necessariamente nelle diverse forme che la comunità politica assume: nella città medievale, nello Stato-nazione ottocentesco e infine anche in una nuova, transnazionale comunità politica come l'Unione Europea. Anche per quest'ultimo ordinamento infatti si è di nuovo proposto il problema dell'appartenenza, nel momento in cui è stato denunciato il 'vuoto di identità' che lo affliggerebbe. Certo, è possibile sostenere, con Habermas, che la struttura portante, e la condizione necessaria e sufficiente della tenuta dell'ordine democratico, per l'Unione

---

<sup>90</sup> Cfr. M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; D. Zolo, *Globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari 2006.

<sup>91</sup> G.E. Rusconi, *Se cessiamo di essere una nazione: tra etnodemocrazie regionali e cittadinanza europea*, il Mulino, Bologna 1993.

Europea come per i singoli Stati membri, è il condiviso riconoscimento dei diritti fondamentali<sup>92</sup>. Resta però aperta alla discussione la tesi che i diritti riescano effettivamente a creare da soli il senso di una comune identità, di un'autentica 'cittadinanza' europea<sup>93</sup>.

In secondo luogo, occorre tener presente una distinzione su cui Bobbio non si stancava di insistere: la distinzione fra l'enunciazione normativa dei diritti e la loro realizzazione. La realizzazione dei diritti non è automatica e scontata: incide sulla distribuzione delle risorse e mette quindi necessariamente in gioco la politica, il potere, i poteri. Nel momento dell'implementazione dei diritti umani, il loro universalismo deve fare i conti con i particolarismi delle comunità politiche e con le loro strategie di 'auto-conservazione'. La logica dell'appartenenza torna ad avere un rilievo che la semplice enunciazione dei diritti tendeva a minimizzare.

Occorre però anche valorizzare i segnali di una contro-tendenza: la tendenza ad attribuire diritti a soggetti, pur in assenza di un rigido rapporto di appartenenza alla comunità nazionale. È una tendenza che la recente presenza dei 'migranti' nelle società affluenti dell'Occidente mette in luce. Nei principali paesi europei la condizione necessaria e sufficiente per far scattare l'intervento pubblico a sostegno di alcuni bisogni fondamentali non è più soltanto la *citizenship* (l'appartenenza formale dei soggetti allo Stato nazionale), ma anche la *denizenship*, la semplice residenza. La novità (sottolineata ad esempio da Yasemin Soysal<sup>94</sup>) è rilevante. Perché i *denizen* possano accampare pretese nei confronti di uno Stato nazionale sul cui territorio risiedono occorre infatti postulare un mutamento nella strategia di fondazione dei diritti (per intenderci) sociali: non più l'appartenenza-cittadinanza allo Stato-nazione, ma le esigenze vitali della persona. Ed è in questa prospettiva che è possibile sostenere anche la legittimità di un'estensione del suffragio a favore dei migranti 'residenti'<sup>95</sup>, facendo leva sul con-

<sup>92</sup> Cfr. J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino 1992; J. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1998.

<sup>93</sup> Cfr. F. Cerutti, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction*, in *A Soul for Europe, Vol. I, On the Political and Cultural Identity of the Europeans. A Reader*, a cura di F. Cerutti e E. Rudolph, Peeters, Leuven 2001.

<sup>94</sup> Cfr. J. N. Soysal, *Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1994. Cfr. anche D. Schnapper, *The European Debate on Citizenship*, «Daedalus», 126, 1997, pp. 199-222.

<sup>95</sup> Cfr. E. Grosso, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2001.

tributo sostanziale che essi danno al patrimonio economico e culturale della nazione, indipendentemente dalla loro formale inclusione. Da questo punto di vista, dunque, i diritti fondamentali (o almeno alcuni diritti fondamentali) sembrano prevalere sulla logica dell'appartenenza, imponendo allo Stato nazionale un intervento 'protettivo' nei confronti di soggetti solo relativamente e imperfettamente 'inclusi'.

Al contempo però, nel micro-spazio delle singole comunità nazionali come nel macro-spazio europeo, nascono sempre di nuovo logiche identitarie che invocano l'irrigidimento dei confini e la difesa del gruppo-noi (come lo chiamava Koselleck<sup>96</sup>), contrapponendo il più rigido particolarismo alla (apparentemente egemone) retorica universalistica. Particolarismo e universalismo continuano a fronteggiarsi, come poli di una tensione emersa già al primo delinearci della 'modernità' politico-giuridica. Pur nella prevalenza momentanea dell'una o dell'altra logica, la tendenza ad 'aprire' la comunità all'esterno e a togliere rigidità ai dispositivi di esclusione si è insistentemente misurata con l'esigenza opposta di erigere steccati e rafforzare le differenze. Né sembrano essere sufficienti, oggi, l'universalismo dei diritti e il carattere 'globale' dell'economia a far sì che l'indebolimento dei confini favorisca non solo il movimento delle merci, ma anche il rispetto dello *ius migrandi* e che l'enunciazione dei diritti si traduca in un effettivo abbattimento delle persistenti discriminazioni.

---

<sup>96</sup> R. Koselleck, *Per una semantica storico-politica di alcuni concetti antitetici asimmetrici*, in R. Koselleck, *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici* (1979), Marietti, Genova 1986, pp.181-222.

# NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NACIÓN/PUEBLO<sup>1</sup>

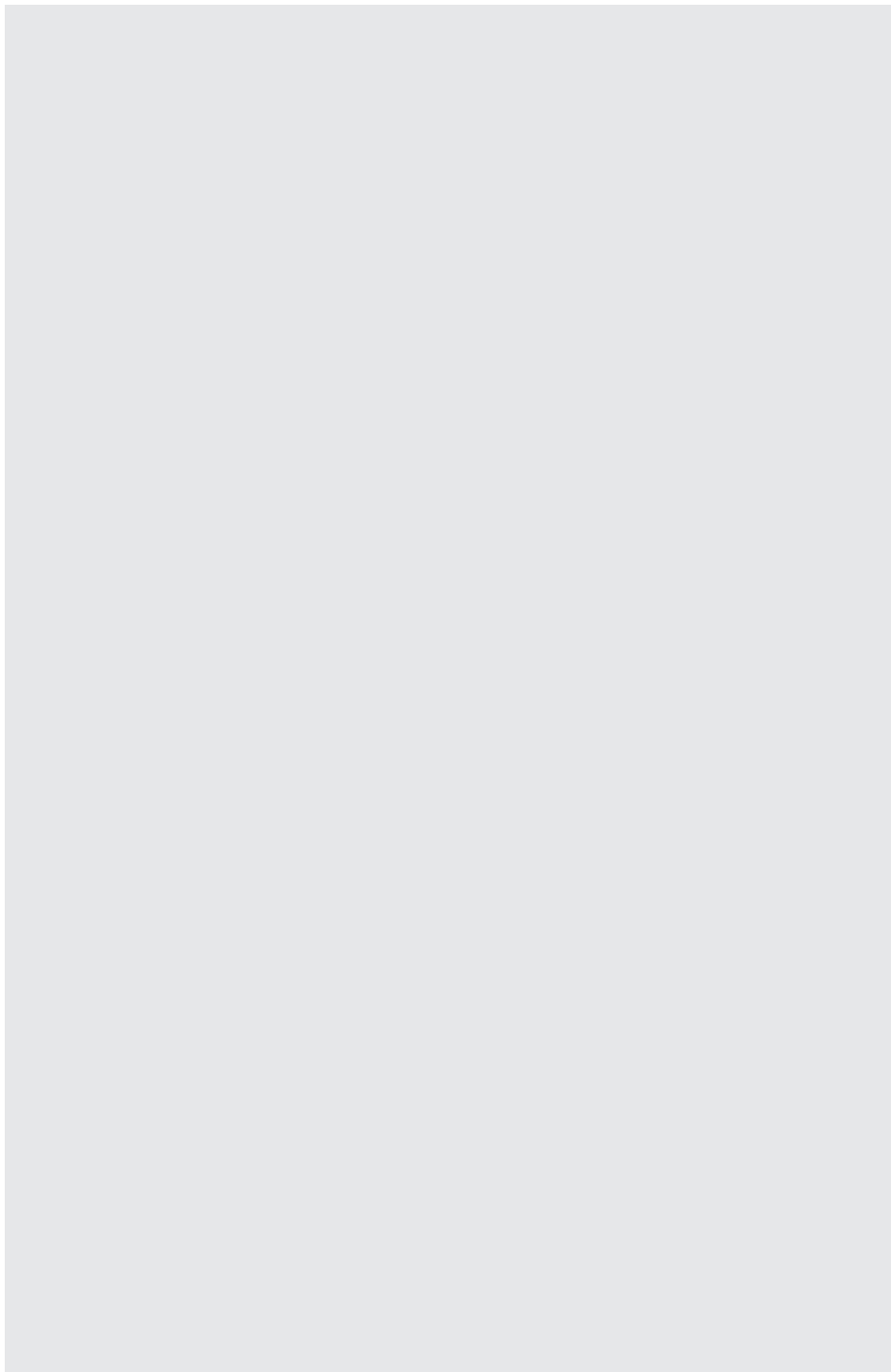
Benito Aláez Corral

## SUMARIO

1. El vínculo entre nacionalidad, ciudadanía y democracia
2. 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. De la «nacionalización» de la ciudadanía a la «civilización» de la nacionalidad
  - d. La progresiva construcción democrática de la ciudadanía
3. Nacionalidad y ciudadanía en la imputación democrática de la soberanía
  - a. El sentido democrático de la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo
  - b. Consecuencias jurídicas para la nacionalidad de la imputación de la soberanía democrática a un sujeto colectivo
  - c. Relevancia del núcleo de la ciudadanía política para la soberanía democrática

---

<sup>1</sup> Versión corregida y actualizada del trabajo publicado en el libro «Nacionalidad y Ciudadanía», Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, págs. 63-129.



## I. EL VÍNCULO ENTRE NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA

El aumento que ha experimentado en los últimos años la población extranjera residente en España hasta cerca de seis millones de personas<sup>2</sup> 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 ciudadanía y, por ende, en la soberanía de un Estado democrático<sup>3</sup>. 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, articular la relación entre el individuo y el poder público —a la que atienden la nacionalidad y la ciudadanía— a partir de un último centro de poder global mundial y prescindir del concepto de Estado nacional, por lo que, aunque sea necesario redefinirlos a la luz una estructura estatal en transformación (que no en disolución), siguen teniendo

---

<sup>2</sup> La cifra de extranjeros residentes a 1 de enero de 2012, según datos del Padrón municipal (<http://www.ine.es/>), era de 5.711.040, esto es, aproximadamente el 12,1% del total de empadronados.

<sup>3</sup> Cfr. MASSING Johannes, *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, Mohr Siebeck, 2001, pág. 20 ss.; ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 5-9.

plena vigencia los mencionados institutos de la nacionalidad y la ciudadanía.

Nacionalidad y ciudadanía son dos conceptos que apenas han tenido un tratamiento científico-jurídico autónomo en el derecho constitucional español y mucho menos desde la perspectiva del principio democrático, su auténtica columna vertebral desde 1978. En muchos de los estudios existentes se parte de que democracia equivale a autogobierno, pero no se responde al interrogante ¿el autogobierno de quién?, lo que, siguiendo con la ficción del dogma soberanista, es tanto como decir que no se responde a la cuestión de a quién pertenece el texto constitucional. Todo lo más se ha indagado acerca de la naturaleza de ese sujeto en relación con la atribución al mismo de la soberanía, esto es, sobre si aquél tiene un carácter abstracto (soberanía nacional) o concreto (soberanía popular), si corresponde a una unidad homogénea culturalmente o a la suma heterogénea de diversas nacionalidades, etc..., así como sobre los concretos requisitos para el ejercicio de los derechos a través de los cuales se participa en el poder, pero unas y otras cuestiones siempre se han tratado al margen de su abstracta e intrínseca relación con la pertenencia nacional al pueblo de un Estado democrático. Incluso aunque la diferenciación del ordenamiento jurídico como un subsistema social autorreferencial y positivizado no admita más soberanía que la de éste, representado en la Constitución como su norma suprema, y convierta a las fórmulas soberanistas en concreciones del principio democrático en relación con la forma de creación normativa, sigue siendo necesario saber qué súbditos considera la Constitución integrados en el sujeto colectivo nacional de la soberanía y con qué criterios les permite participar en los procesos normativos que pueden desarrollar o disponer de su contenido.

Además, las pocas veces que se utilizan los términos nacionalidad y ciudadanía se hace de forma sinónima o concéntrica, desconociendo su diferente funcionalidad en el ordenamiento jurídico o, cuando menos, su diversa configuración jurídico-constitucional, y el análisis se centra en el ejercicio del derecho que constituye el contenido más nuclear de la ciudadanía política, el de sufragio, pero se deja desatendida la relación existente entre la ciudadanía y la nacionalidad, entendida la primera como cualidad formal de la persona que le adscribe a un colectivo humano sobre el que ejerce su poder el Estado, y la segunda como proceso jurídico de integración del individuo en las distintas esferas de participación social, y especialmente



en la política. Sin ver la naturaleza jurídica y funcional de esa relación es muy difícil desentrañar la correcta configuración normativa que el Estado constitucional democrático le ha dado a una y otra categoría.

Lo cierto es que la forma de definir quiénes componen el sujeto colectivo de la soberanía es algo que puede modificar sustancialmente el aspecto y el funcionamiento democrático del ordenamiento jurídico. Así, si la definición de quienes forman parte del pueblo del Estado fuese ajena y previa a su Constitución democrática, se podría llegar a la paradoja de que el ordenamiento fuese democrático en su interior respecto a la mayor parte de los sujetos (nacionales) a los que les es aplicable, y por el contrario tiránico en su exterior respecto a una minoría —variable— de sujetos residentes (extranjeros) a los que también obliga. Por eso, la correcta comprensión del funcionamiento del Estado constitucional democrático no es ajena al sentido que tengan las nociones de nacionalidad y ciudadanía, a cuyo través se ha venido definiendo históricamente el sujeto al que se imputa la soberanía. La cuestión, aun compleja, tendría más fácil solución si la definición de quienes componen el pueblo del Estado se pudiese realizar de una vez para siempre en el momento fundacional y éste tuviese un carácter más o menos estático e indefinido en el tiempo, como se ha conseguido mayoritariamente con la definición de las fronteras del territorio del Estado. Ello, sin embargo, no es así. El Pueblo o la Nación, aun concebidos como colectivos abstractos de imputación de la soberanía, han de reflejar de la forma más fidedigna posible, por exigencias del principio democrático, el conjunto de individuos sometidos al ordenamiento jurídico a los que se atribuye el ejercicio del poder, con lo que han de tener un carácter dinámico; de él entran y salen diversas personas del mismo modo que entran y salen del territorio sobre cual el Estado ejerce su poder jurídico. Esta última entrada y salida del territorio es también un criterio a tener en cuenta en la definición de quiénes pertenezcan al pueblo del Estado, dado que aquellos sujetos que han logrado entrar lícita o ilícitamente pasan a estar sometidos al ordenamiento jurídico vigente en el territorio que habitan, si bien con distinta intensidad. Por eso no sólo son relevantes los criterios de pertenencia aplicables a los originarios integrantes del pueblo del Estado, sino sobre todo los criterios aplicables a quienes, como consecuencia de su nacimiento ulterior o de su inmigración, se han convertido en súbditos y reclaman legítimamente la cualidad de soberanos. Se trata en último extremo de indagar la relación existente entre nacionalidad, ciudadanía y democracia como conceptos ju-

rídicos. La nacionalidad y la ciudadanía van a servir para medir respectivamente el mayor o menor grado de sujeción del individuo a dicho ordenamiento constitucional y su mayor o menor grado de participación social, y con ello contribuir al mantenimiento de la diferenciación funcional externa (frente a otros ordenamientos estatales) e interna (frente a otros sistemas de comunicación social como la moral, la economía, la política, etc...) del ordenamiento estatal.

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 sentido restringido referido sólo a aquéllos extranjeros que pretenden la residencia 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<sup>4</sup>.

Uno de los elementos que en los últimos dos siglos 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 moderna nacionalidad<sup>5</sup> fuera el reflejo de la lealtad y sujeción al monarca, la creación de un vínculo federal 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...<sup>6</sup>, tal y como ha puesto de relieve la historiografía jurídica

---

<sup>4</sup> Como señala HAMAR, Tomas, *Democracy and the Nation State*, Avebury, Aldershot, 1991, pág. 12 ss., el problema de la naturalización o de la 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.

<sup>5</sup> Por contraponerla a la *civitas romana imperial* o a los distintos significados de la *civitas medieval feudal* —antecedentes remotos de la moderna nacionalidad—; sobre ello en detalle, cfr. ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional*, Historia Constitucional. Revista electrónica, Vol. 6, 2005 (<http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/02.pdf>).

<sup>6</sup> Para un análisis de la evolución histórico-funcional de la nacionalidad y la ciudadanía véase ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional*, ob. cit.

más relevante en los distintos países<sup>7</sup>. Pero desde el momento en el que las Constituciones contemporáneas, y la española de 1978 no es una excepción, se han convertido en normas jurídicas supremas y, para preservar esta posición, han democratizado plenamente el ejercicio del poder<sup>8</sup>, el estatuto fundamental del individuo, incluida la adquisición de la nacionalidad, y su estatus como ciudadano pasan a derivarse de uno de los principios estructurales del Estado, el principio democrático, y no de ninguna otra circunstancia o *status* previo<sup>9</sup>, sobre todo si dicha ciudadanía se condiciona total o parcialmente a la adquisición de aquella nacionalidad. Ello se encuentra en plena consonancia con la culminación del proceso de diferenciación funcional del sistema jurídico que representa la Constitución, la cual, a pesar de incluir todavía las tradicionales formulaciones soberanistas revolucionarias a un sujeto colectivo, ha renunciado, a través de su autorreferencialidad y positividad democráticas, a encontrar justificaciones metapositivas a su validez<sup>10</sup>.

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

---

<sup>7</sup> Cfr. BRUBAKER, Rogers, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1992; GOSEWINKEL, Dieter, *Einbürgern und Ausschliessen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2001; FAHRMEIR, Andreas, *Citizens and Aliens. Foreigners and the law in Britain and the German States 1789-1870*, Berghahn Books, New York/Oxford, 2000; con algunas peculiaridades también respecto de Francia véase VANEL, Marguerite, *La notion de nationalité. Evolution historique en droit interne et en droit colonial compare (droit française-droit britannique)*, Revue Critique de Droit International Prive, 1951, pág. 6 ss.

<sup>8</sup> 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. BASTIDA FRELEDO, Francisco, *La soberanía borrosa: la democracia*, Fundamentos, 1998, n.º 1, pág. 389 ss.

<sup>9</sup> En este sentido, cfr. BRYDE, Brun-Otto, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, Staatswissenschaft und Staatpraxis, 1995, pág. 307 ss. En un sentido opuesto, haciendo depender el status democrático del ciudadano de la pertenencia al pueblo como sujeto metapositivo soberano, fuente del poder constituyente, cfr. ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung*, en: Dieter Schwabe (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pág. 728-729 ss.

<sup>10</sup> Sobre ello, cfr. ALÁEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 139 ss.

que van a estar sujetos («democracia de afectación»)<sup>11</sup> 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.

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 se 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*). Mientras que en algunos ordenamientos, como el alemán, es común manejar el término nacionalidad y que el de ciudadanía aparezca mucho menos o simplemente no aparezca, en otros por el contrario, como el francés, el italiano o el norteamericano, la tendencia es justamente la opuesta a precluir el término nacionalidad y a

<sup>11</sup> Cfr. BRYDE, Brun-Otto, *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, Juristen Zeitung, 1989, Bd. 44, pág. 257-258, aunque no sea la interpretación dominante del principio democrático y de soberanía popular del art. 20.1 GG alemana, que lo reconduce al poder de un sujeto-fuente prejurídico y soberano. En lo que se refiere a nuestro país, véase la tampoco mayoritaria interpretación normativo-funcional del art. 1.1 y 1.2 CE que realiza BASTIDA FREJEDO, Francisco, *La soberanía borrosa: la democracia*, ob. cit., pág. 389 ss. Esto debe ser así, cuando 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 forma de legitimación, véase por todos BÖCKENFÖRDE, E. W., *Demokratie als Verfassungsprinzip*, en: Isensee Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2004, pág. 445 ss., Rdnr. 26 ss. En las palabras del jurista italiano ESPOSITO, Carlo, *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)».

que el término ciudadanía absorba el significado de ambas categorías<sup>12</sup>. Por lo que se refiere al ordenamiento español, el término nacionalidad aparece en el art. 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). Por su parte, el término 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 el mismo otorga, esto es, la de «ciudadano» (art. 23, Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo 2.<sup>o</sup> 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 a «todos», todas ellas dentro de la rúbrica de la Sección 2.<sup>a</sup>, Cap. II, Tít. I «De los derechos y deberes de los ciudadanos»).

De ahí que, para clarificar estas confusiones terminológicas y analizar una y otra categoría a la luz de la soberanía democrática, sea preciso determinar previamente la razón de ser tanto histórica<sup>13</sup> como dogmático-

---

<sup>12</sup> En el ámbito anglosajón, especialmente rico en el estudio de estos términos desde todos los puntos de vista, incluido el jurídico-constitucional, a veces se contraponen la nacionalidad, entendida como ciudadanía formal (nominal citizenship) a la ciudadanía en sentido estricto, entendida como ciudadanía material (substantive citizenship) y otras veces se utiliza la palabra ciudadanía como sinónima de ambas categorías; cfr. BAUBÖCK, Rainer, *Transnational citizenship*, Edward Elgar, Aldershot, 1994, pág. 23 ss.; BOSNIAK, Linda, *Constitutional citizenship through the prism of alienage*, Ohio State Law Journal, 2002, Vol. 63, n.º 5, pág. 1299-1300. Un interesante estudio histórico del diferente sentido de ambas categorías en Alemania, Francia, EE.UU. y el Reino Unido es el realizado por GOSEWINKEL, Dieter, *Untertanschaft, Staatsbürgerschaft, Nationalität*. Berliner Journal für Soziologie, Vol. 4, 1998, pág. 507 ss.

<sup>13</sup> Sobre la evolución histórica de la nacionalidad y la ciudadanía, confundidas en una misma categoría, véase con carácter general, COSTA, Pietro, *Civitas. Storia de la cittadinanza in Europa*, vol. I-IV, Roma/Bari, Laterza, 1999-2001. Sobre las condiciones científicas bajo las cuales es posible llevar a cabo esta reconstrucción histórica de estos conceptos político-jurídicos, véase BRUNNER, Otto/CONZE, Werner/KOSELLECK, Reinhart, *Geschichtliche*

normativa<sup>14</sup> de uno y otro término, el distinto significado que, en su caso, posean, y la relación que hayan de tener entre sí, para después analizar los condicionamientos que el principio democrático impone ex art. 1 CE sobre la (aparentemente libre) potestad de configuración legal de la nacionalidad (art. 11 CE) y de la ciudadanía (art. 13 CE en lo que se refiere a los ciudadanos extranjeros y arts. 53.1 y 81 CE respecto de todos los ciudadanos). 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. Dada la inexistencia tanto de un derecho fundamental de entrada en el territorio del Estado para toda persona como de un derecho humano a la inmigración (art. 19 CE, art. 13.2 Declaración Universal de derechos humanos, art. 12 Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 2 y 3 Convenio Europeo de Derechos Humanos), se dejará a un lado un aspecto previo de carácter político, que requeriría un análisis filosófico-político, adicional al 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<sup>15</sup>.

## 2. 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, plantearnos teórica-

---

*Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band I, Klett-Cotta, Stuttgart, 2004, pág. XIX ss.

<sup>14</sup> Sobre la distinta función sociológico-jurídica de uno y otro concepto, cfr. BÖS, Matthias, *The legal construction of membership: nationality law in Germany and the United States*, Working Papers Series. Center for European Studies, Bd. 5, 2000.

<sup>15</sup> Cfr. RIEGER, Günther, *Einwanderung und Gerechtigkeit: Mitgliedschaftspolitik auf dem Prüfstand amerikanischer Gerechtigkeitstheorie der Gegenwart*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 1998, pág. 25 ss.; ROELLECKE, Ines Sabine, *Gerechte Einwanderungsrecht und Staatsangehörigkeitskriterien*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pág. 125 ss., und CARENS, Joseph H., *Aliens and Citizens: the case for the open borders*, Review of politics, 1989, Vol. 49, pág. 251 ss.

mente su necesidad jurídica. Hans Kelsen<sup>16</sup>, desde el prisma de una concepción espacio-temporal unitaria del derecho y desde la inherente heteronomía que implicaba, llegó a la conclusión de que todo ordenamiento jurídico se construye a partir de sujetos (los súbditos y los circunstancialmente sometidos a él) 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<sup>17</sup>. Parece difícil imaginar, por razones meramente fácticas, que un ordenamiento jurídico tenga la pretensión, por encima de los demás (con supremacía), 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, coincidente 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)<sup>18</sup>, y que, todo lo más, admita la aplicación parcial de normas de ámbito territorial superior (supranacional o internacional) en el mismo, pero siempre subordinada a la Constitución nacional. Precisamente a ese vínculo legal que define quiénes integran el pueblo de un Estado<sup>19</sup>, sobre el que se aplica la protección diplomática en el derecho internacional público y que determina

<sup>16</sup> KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Bad-Homburg v.d. Höhe, 1966 (Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der ersten Auflage 1925), pág. 159-160.

<sup>17</sup> Sobre el problema de la relación entre el ordenamiento internacional y el estatal cfr. ALÁEZ CORRAL, Benito, *Soberanía constitucional e integración europea*, Fundamentos, n.º I, 1998, pág. 519 ss.

<sup>18</sup> Sobre la territorialidad del poder político y la trascendencia de ello para la nacionalidad y la ciudadanía, cfr. BAUBÖCK, Rainer, *Transnational citizenship*, Edward Elgar, Aldershot, 1994, pág. 16 ss.

<sup>19</sup> Para BRUBAKER, Rogers, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, ob. cit., pág. 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.



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<sup>20</sup>.

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<sup>21</sup>, ha ido creciendo históricamente en autonomía 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<sup>22</sup>, a medida que se ha ido liberalizando y democratizando la estructura del ordenamiento jurídico. De ahí que, precisamente porque desde la perspectiva de la legitimidad democrática de ejercicio del poder público es necesario que los súbditos se conviertan en la mayor medida posible en «soberanos»<sup>23</sup>, la ciudadanía pase 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 desprende que, se les atribuya uno u otro significado, la nacionalidad y la ciudadanía 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 especia-

---

<sup>20</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 79 ss.

<sup>21</sup> Aunque no se trate de una definición jurídica sino eminentemente sociopolítica, expuesta con claridad manifiesta por MARSHALL, Thomas H., *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 modernas 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 BRUBAKER, Rogers, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, ob. cit., pág. 21-23.

<sup>22</sup> Cfr. EMERICH, Francis, *Ethnos und Demos*, Berlin, 1965, pág. 88 ss. En contra de atribuir al principio democrático un carácter inclusivo, cfr. BAUBÖCK, Rainer, *Transnational citizenship*, ob. cit., 1994, pág. 197 ss.

<sup>23</sup> Cfr. BASTIDAFREJEDO, Francisco, *La soberanía borrosa: la democracia*, ob. cit., pág. 389 ss.



lización 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.*

Como ya se apuntó al inicio, el derecho constitucional positivo no refleja expresamente una nítida diferenciación entre nacionalidad y ciudadanía, confundiendo terminológicamente, no en pocas ocasiones. En el ámbito del derecho infraconstitucional, el *art. 2 del Convenio Europeo sobre Nacionalidad, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997* (aún no ratificado por España) da a la nacionalidad una definición legal expresa y vinculante para los Estados parte (entre los que no está España), describiéndola como el vínculo legal entre una persona y un Estado que no hace referencia a su pertenencia a un grupo étnico<sup>24</sup>, mientras que la ciudadanía carece de una definición legal equivalente. A pesar de ello, se puede decir que nacionalidad y ciudadanía desempeñan una diferente función en el ordenamiento moderno<sup>25</sup>: la primera una función excluyente, en tanto expresión de la diferenciación segmentaria 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<sup>26</sup>. Su ya tradicional y permanente vinculación doctrinal<sup>27</sup> 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 ciu-

---

<sup>24</sup> Abundando ya en los criterios básico que había sentado la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm-Liechtenstein v. Guatemala* (International Court of Justice Reports 1955, pág. 4 ss).

<sup>25</sup> Cfr. KADELBACH, Stefan, *Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft*, in Josef Drexl (Hrsg.), *Europäischen Demokratie, Nomos*, Baden-Baden, 1999, pág. 91 ss.

<sup>26</sup> En detalle sobre ambas funciones, véase ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 22 ss. Las expresiones diferenciación segmentaria y diferenciación funcional pertenecen al campo de la sociología jurídica y la teoría de los sistemas y están tomadas en este concreto ámbito de HOLZ, Klaus, *Citizenship: Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder differenztheoretisches Konzept?*, Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000, pág. 195-196.

<sup>27</sup> Una vinculación que para GRAWERT, Rolf, *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, Der Staat, n.º 23, 1984, pág. 182 ss. se debe a la «función de llave» que posee la nacionalidad.

dadanos activos y pasivos<sup>28</sup>. 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<sup>29</sup>, la conexión entre el mero vínculo formal y abstracto de la pertenencia al pueblo del Estado y el

<sup>28</sup> En este mismo sentido, cfr. HEATER, Derek, *What is citizenship?*, Polity Press, Cambridge, 2002, pág. 95 ss. Véanse los arts. 2 y 3 del Título II y art. 2 de la Sección 2.<sup>a</sup>, 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 (art. 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. LOCHAK, Danielle, *La citoyenneté: un concept juridique flou*, en Colas/Emeri/Zylberberg (dir.), *Citoyenneté et Nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, pág. 182.

<sup>29</sup> El único texto constitucional decimonónico de la Alemania unificada que se inserta en la tradición revolucionaria francesa es la non-nata 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, que recreará a través del vínculo jurídico de la nacionalidad federal o estatal (*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 que venían definidas por los conceptos de *Indigenat* (nacionalidad), contemplado en las Constituciones otorgadas en Baviera (1818) y Baden (1818), *Staatsbürger* (ciudadano pasivo) de la Constitución otorgada de Württemberg (1819) y *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 se veía completada con una ciudadanía política-activa (*Staatsbürgerrechte*) a la que eran acreedores los nacionales que, además, reuniesen ciertos requisitos capacitarios. Sobre ello, en detalle, véase GRAWERT, Rolf, *Staat und Staatsangehörigkeit*, ob. cit., pág. 193 ss.

contenido material en derechos y obligaciones que corresponden al miembro de la comunidad política se produce de forma menos intensa y mucho más lenta históricamente, pero en último extremo una y otra categoría terminan estando vinculadas<sup>30</sup>. 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 el 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 de la condición política de representado en tanto integrante de la nación o el pueblo del Estado y vinculada a la garantía de los derechos civiles (de libertad) de la persona, y una ciudadanía absoluta (activa), ligada a la atribución de derechos políticos que correspondía a un círculo de sujetos más reducido, solo a algunos ciudadanos<sup>31</sup>, 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 correspondería 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 ciudadanía en los primeros textos constitucionales revolucionarios<sup>32</sup>, lo cierto es que la inicial configuración normativa de la soberanía nacional en ningún caso significó que la capacidad para formar parte del sujeto colectivo nacional tuviese que estar 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 pasivos y activos sin pertenecer a dicha comunidad étnico-cultural, integrándose en la comunidad política<sup>33</sup>. Es más la vinculación, de existir, se daba en el sentido opuesto de

---

<sup>30</sup> Sobre esta diferente evolución del contenido de la ciudadanía desde una perspectiva histórica comparada, cfr. GOSEWINKEL, Dieter, *Untertanschaft, Staatsbürgerschaft, Nationalität*, Berliner Journal für Soziologie, 1998, n.º 4, pág. 507 ss.

<sup>31</sup> Cfr. la interpretación que da SEWELL, William H. Jr., *Le citoyen/La citoyenne: Activity, passivity, and the revolutionary concept of citizenship*, in Colin Lucas (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, pág. 106 ss., de los textos de Rousseau y Sieyès.

<sup>32</sup> Como demuestra RAPPORT, Michel, *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, Clarendon Press, Oxford, 2000, los revolucionarios franceses no mencionaban el término nacionalidad sino sólo el de ciudadanía.

<sup>33</sup> La adquisición de la ciudadanía implicaba, pues, la previa posesión o la adquisición simultánea de la nacionalidad, cfr. ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos*. Aus-

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 su correlativa capacidad para ser representados como integrantes del sujeto titular del poder soberano (ciudadanos pasivos) o para participar en su creación (ciudadanos activos)<sup>34</sup>. Así, por ejemplo, en el art. 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 art. 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 que poseyesen una mínima vinculación al ordenamiento francés*, exactamente los mismos requisitos en virtud de los cuales el *Decreto de 30 de abril de 1790* les atribuía automáticamente a los últimos la *nacionalidad francesa*.

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

---

*länderwahlrecht 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, Berlin, 1989, pág. 713. En un sentido opuesto, RAPPORT, Michel, *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, ob. cit., pág. 332 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.

<sup>34</sup> Sobre la polémica acerca de si la ciudadanía presuponía o implicaba la adquisición de la nacionalidad en la Francia revolucionaria, véase TROPER, Michel, *La notion de citoyen sous la Révolution française*, in Etudes en l'honneur du Georges Dupuis, LGDJ, Montchrestien, 1997, pág. 304 ss. y WEIL, Patrick, *Qu'est-ce qu'un français? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset, Paris, 2002, pág. 23-25.

españoles durante todo el siglo XIX. Y, aunque aún existen algunos ordenamientos como el de los EE.UU. en el que ambos conceptos permanecen parcialmente desvinculados —conforme a la Sec. 308 de la Immigration and Nationality Act hay «*nationals non citizens of the United States*»—, hoy en día la posesión de la ciudadanía absoluta (activa) en términos generales se vincula total o parcialmente a la previa posesión de una nacionalidad construida a partir de la pertenencia del sujeto a una determinada comunidad humana, 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<sup>35</sup>.

En resumen, 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, y tiende, en la actual era postnacional, 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...) <sup>36</sup> 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 de los 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.

*c. De la «nacionalización» de la ciudadanía a la «civilización» de la nacionalidad*

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 desde su funcionalidad democrática los criterios conforme a los cuales los ordenamientos pretenden construir el sujeto colectivo (el pueblo o la nación) de la soberanía a través del vín-

<sup>35</sup> En detalle véase, ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 57-66.

<sup>36</sup> Cfr. SOYSAL, Yasemin Nuhoglu, *Limits of citizenship. Migrants and postnational membership in Europe*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, pág. 136 ss.

culo jurídico formal de la nacionalidad, del que hacen depender el núcleo político-participativo de la ciudadanía. El concepto de pueblo/nación se ha venido entendiendo desde hace tiempo en la teoría política tanto en un sentido subjetivo como en un sentido objetivo<sup>37</sup>. En un sentido subjetivo (predominantemente francés), la nación venía definida por la voluntad de los individuos de pertenecer a una determinada comunidad humana jurídicamente organizada, siguiendo los presupuestos de las teorías pactistas revolucionarias<sup>38</sup>. 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<sup>39</sup>. Los grandes criterios de atribución (*ius soli* y *ius sanguinis*) y adquisición (*ius domicilii*) de la nacionalidad<sup>40</sup>, combinados entre sí, y con otros de más difícil concreción jurídica (como el conocimiento de la lengua y la cultura, la lealtad política, etc...) <sup>41</sup>, 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<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Véase la clásica distinción entre una (nación-cultural) y otra (nación-estado) forma de concebir a la nación que formulara ya MEINECKE, Friedrich, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, R. Oldenburg Verlag, München, 1962, pág. 10 ss.

<sup>38</sup> Cfr. el análisis que realiza BAUBÖCK, Rainer, *Transnational citizenship*, ob. cit. pág. 55 ss. de las teorías pactistas de Hobbes, Rousseau y Locke y de su trascendencia para una formulación voluntarista del vínculo de la ciudadanía.

<sup>39</sup> Es la concepción que abiertamente adopta ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, ob. cit., pág. 708 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 BLECKMANN, Albert, *Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz — Zum Kommunalwahlrecht der Ausländer —*, Die öffentliche Verwaltung, Bd. 41, 1988, pág. 440-441.

<sup>40</sup> Sobre los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad en general en nuestro país, cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Derecho de la Nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 133 ss. y 135 ss.

<sup>41</sup> 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 BAUBÖCK, Rainer, *Transnational citizenship*, ob. cit., pág. 71 ss.

<sup>42</sup> En particular, como demuestra BÖS, Matthias, *The legal construction of membership: nationality Law in Germany and the United States*, ob. cit., pág. 24, *ius sanguinis* y *ius soli* son mecanismos funcionalmente equivalentes para la socialización del individuo en el seno de una comunidad políticamente organizada.

Se entienda de uno u otro modo, sociológico-jurídicamente la nacionalidad no pierde su sentido de vínculo que expresa la pertenencia del individuo a una comunidad humana, del que se deriva no solo un más intenso (en el espacio y en el tiempo) grado de sujeción al ordenamiento jurídico de esa comunidad, sino también —y en ello reside la vinculación con la ciudadanía— una mayor capacidad para la participación en los asuntos públicos. 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 entre la nacionalidad y la ciudadanía. Mientras que una concepción objetiva 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 subjetiva de aquella 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.

Aunque, como consecuencia del influjo del principio de Estado democrático de derecho, los ordenamientos en los que la construcción de la nacionalidad fue inicialmente objetiva (como Alemania) se han visto obligados a tener en cuenta la decisión del individuo de integrarse en la comunidad política, adquiriendo la nacionalidad, o de salir de dicha comunidad, renunciando a la misma, lo cierto es que, a raíz de una generalizada etnificación del derecho de la nacionalidad —manifestada en exigencias como el dominio de una lengua, la integración en los valores culturales mayoritarios en la sociedad de acogida, el conocimiento de una historia común o la lealtad a un sistema político—, han terminado introduciéndose en todo caso, con mayor o menor extensión, elementos del concepto objetivo de nación, incluso en los Estados cuya inicial configuración histórica de la nación era subjetiva (como Francia o los EE.UU).<sup>43</sup> Un ejemplo paradigmático de esta etnificación de la nación es, a nuestro entender, el razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional en la *STC13/2001, de 29 de enero, F.J. 9.º* (caso Williams Lecraft), en el que, apartándose de buena parte de su jurisprudencia anterior sobre la prohibición de discriminación por razón de raza y el principio de igualdad, se afirma que una persona de raza negra presenta una mayor

---

<sup>43</sup> BÖS, Matthias, *The legal construction of membership: nationality Law in Germany and the United States*, ob. cit., pág. 25 ss.



probabilidad de no ser española que otra de raza caucásiana, cuya nacionalidad española se presumiría por la etnia mayoritaria a la que pertenece. Ello tiene como efecto que la ciudadanía se vincule 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), o bien se requieren mínimamente (nacionalidad derivativa) para quienes pretendan integrarse en ese colectivo nacional<sup>44</sup>.

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 la mayor o menor sujeción al ordenamiento jurídico de estos individuos<sup>45</sup>. 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<sup>46</sup>; e inversamente más desvinculado de una homogeneidad cultural<sup>47</sup> contraria al libre desarrollo de la personalidad dentro del pluralismo cultural que se desprende de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE), expresión de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como valores superiores de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE)<sup>48</sup>. Como se verá se-

---

<sup>44</sup> Sobre la absorción de lo cultural por el moderno concepto sociológico de etnia, cfr. WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Band I/1, JCB Mohr, Tübingen, 1956 (4. Auflage), pág. 236-237

<sup>45</sup> Muy ilustrativas son las palabras de ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, ob. 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 BRYDE, Brun-Otto, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1995, Heft 3, pág. 307 ss.

<sup>46</sup> En contra de semejante concepto de «democracia de afectación», ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, ob. cit., pág. 728-729 ss., aunque sus argumentos se asientan circularmente en la preexistencia del pueblo/nación como un concepto homogéneo y unitario prejurídico del que ha de emanar la democracia.

<sup>47</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität* (1988), en *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., 1994, 4. Auflage, pág. 642-643.

<sup>48</sup> El llamado «contrato de integración» francés sólo tiene sentido como obligación de formación cívico-democrática y lingüística del extranjero que quiera residir y/o adquirir la



guidamente, una adecuada compatibilización del principio democrático con la necesidad de definir el colectivo nacional al que se imputa la soberanía a través de la nacionalidad, presente en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos, requiere reconstruir aquélla 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 constituya la igual sujeción 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.

#### d. La progresiva construcción democrática de la ciudadanía

A diferencia de la nacionalidad, el instituto de la ciudadanía, con un origen remoto en sus primeras construcciones grecolatinas<sup>49</sup>, se concibe

---

nacionalidad en los valores y principios constitucionales (como exigen el art. L-311-9 del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile francés) y de la que lógicamente se deben ver eximidos los menores en edad de cursar la educación primaria o secundaria obligatoria por ser la misma objeto del derecho a la educación, sea transversalmente o a través de la asignatura obligatoria específica. Aunque este contrato de integración fue tomado como base por el programa electoral del Partido Popular español para las elecciones generales de 2008 (véase el punto 1225 del programa electoral), una mera lectura de ambos pone de relieve sus diferencias: mientras que el texto francés requiere a los inmigrantes someterse a una formación cívica, lo que implica el conocimiento de las instituciones y valores de la república francesa (es decir, los valores constitucionales), y la lengua francesa, en el caso del contrato sugerido por el Partido Popular el inmigrante se compromete a respetar, además de los valores y principios constitucionales, las costumbres españolas, lo que implicaría una necesaria auto restricción del ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales, a trabajar activamente y a renunciar a su permiso de residencia retornando a su país si perdiera el empleo y careciese de medios de subsistencia. Otras fórmulas que se van ensayando en Europa desde los años noventa del siglo XX son los cursos de integración cívica holandeses, de cumplimentación obligatoria en origen para obtener un visado de entrada en Holanda, los cursos de integración previstos en los §§ 43 a 45 de la Ley de inmigración alemana (ZwG), o la gradual exigencia de integración socio-cultural prevista en la propuesta del path to citizenship británico, que incluye hasta una «nacionalidad a prueba» (probationary citizenship). Sobre ellos, cfr. el informe de GIRAUDON, V., *Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea*, Analysis of the Real Instituto Elcano (ARI), 2008 n.º 43.

<sup>49</sup> 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 transforma-

como un vínculo primero político-ideal y después legal de pertenencia a una determinada *cultura política* de una comunidad humana<sup>50</sup>. En efecto, la pertenencia tanto a la *polis* griega como a la *civitas* romana del período republicano<sup>51</sup> 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<sup>52</sup>.

Ciertamente, las exigencias democráticas modernas de libertad e igualdad estaban ausentes de los criterios definitorios de los sujetos que podían adquirir el *status* de ciudadano<sup>53</sup>, dada la preordenación natural o teológica de la sociedad en tanto que institución natural, *status* 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 aplicabilidad en los procesos actuales derivados de la globalización y de los movimientos migratorios. En el período grecolatino, la ciudadanía acabó

---

ción de la ciudadanía en el Estado moderno, cfr. CRIFO, Giuliano, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pág. 27-28, 81-82.

<sup>50</sup> Un análisis detallado de los distintas fases de construcción de este concepto en la Grecia clásica y en Roma puede verse en ZAPATA BARRERO, Ricard, *Ciudadanía y democracia...*, ob. cit., pág. 37-58 y en KLUSMEYER, Douglas B., *Between consent and descent...*, ob. cit., pág. 9-18.

<sup>51</sup> La *civitas* del período imperial, sobre todo tras el Edicto de Caracalla en el 212 a.d., se asemejaba más al vínculo jurídico de la nacionalidad, por su mayoritaria carencia de contenido político, que a la *civitas* republicana; cfr. GAUDEMET, J., *Les romains et les «autres»*, en La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. Atti del II Seminario Internazionale di Studi Storici «Da Roma alla terza Roma» 21-23 aprile 1982, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, pág. 8-9.

<sup>52</sup> Cfr. CRIFO, Giuliano, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, ob. cit., pág. 67 ss.; CORDINI, Giovanni, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Cedam, Padova, 1998, pág. 49 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 a partir de padres de ciudadanía romana, de manera semejante a como se adquiere la nacionalidad originaria hoy en muchos Estados, con lo cual esa adscripción natalicia producía ya una cierta inmersión cultural hereditaria.

<sup>53</sup> Sobre la moderna ciudadanía (sobre todo en los EE.UU.) como un *status* y su vinculación con la inclusión en la comunidad política a través de la posibilidad de ejercicio de del derecho de sufragio, SHKLAR, Judith N., *American citizenship. The Quest for inclusion*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1991, pág. 14 ss.

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 *urbs*, esto es, tuvo el efecto jurídico de un movimiento centrífugo de extensión de las fronteras de la cultura política. Hoy en día, por el contrario, la ciudadanía así concebida habría de tener, en relación con los movimientos migratorios, un efecto centrípeto integrador de los inmigrantes extranjeros en la cultura política de cada Estado.

En este sentido, la ciudadanía moderna, presente en los textos constitucional-democráticos, ha de ser concebida hoy en un sentido jurídico como el vínculo que permite, a través del ejercicio de los derechos fundamentales —sobre todo los de carácter político-participativo—, una praxis cívica funcionalmente orientada a preservar tanto el marco constitucional del proceso comunicativo que la hace posible como la pluralidad cultural de los sujetos y los grupos que se hallan sujetos a ese marco<sup>54</sup>. 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*)<sup>55</sup>, no cabe 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 dicha praxis cívica, como del colectivo subjetivo que se forma a partir de la atribución del *status* de ciudadano. 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<sup>56</sup>.

De lo anterior se deduce ya que, en un Estado social y democrático de derecho, 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

---

<sup>54</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Staatsbürgerschaft und nationale*, ob. cit., pág. 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. LUCAS, Javier de, *Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2003, n.º 37, pág. 88 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.

<sup>55</sup> MARSHALL, Thomas H., *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago, 1992, pág. 8.

<sup>56</sup> HABERMAS, Jürgen, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, ob. cit., pág. 642-643

fundamentales definen el estatuto jurídico del ciudadano, y, en segundo lugar, si existe o no un 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-político la ciudadanía se pretenda identificar con la plena pertenencia del individuo a la comunidad<sup>57</sup> 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 jurídico-funcional semejante extensión indiscriminada de todos los derechos fundamentales a cualquier sujeto resultaría más que 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 que tengan contacto con el ordenamiento jurídico. Prueba de ello es, por ejemplo, que la atención sanitaria de carácter urgente, necesaria para la salvaguardia de la vida o la integridad física, o la educación básica (obligatoria y gratuita), necesaria para la integración del individuo en la sociedad, no se vinculen a la posesión de la nacionalidad española, dado que el art. 15 CE y el art. 27 CE reconocen estos derechos a toda persona. No obstante, lo anterior no ha implicado 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<sup>58</sup>. Ciertamente, la progresiva ampliación de la ciudadanía (activa) en el ámbito del colectivo de nacionales a las mujeres o a los menores (ti-

<sup>57</sup> En términos sociológicos la ciudadanía es un concepto inclusivo; cfr. STICHWEH, Rudolf, *Zur Theorie politischer Inklusion*, en Holz, Klaus (Hrsg.), *Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000, pág. 166.

<sup>58</sup> Aunque así se pida desde diversos sectores doctrinales, no solo en relación con los extranjeros residentes legales (residentes permanentes) sino también con los ilegales; como propuestas más atrevidas en este sentido, cfr. RUBIO-MARÍN, Ruth, *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University press, Cambridge, 2000, pág. 235 ss.; LUCAS, Javier de, *Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia*, ob. cit., pág. 93-94 ss.; ALEINIKOFF, T. Alexander, *Citizens, Aliens, membership and the Constitution*, Constitutional Commentary, 1990, Vol. 7, pág. 9 ss.; HAMAR, Thomas, *Democracy and the nation state. Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, ob. cit., pág. 198 ss.

tulares y, en parte, ejercientes de cada vez más 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<sup>59</sup>. Sin embargo, ambos fenómenos no deben confundirse hasta el punto de identificar los derechos de la persona y los derechos del ciudadano, como un todo monolítico y homogéneo. No tanto como consecuencia de una presunta fundamentación democrático-voluntarista del orden político, conforme a la cual nadie puede pertenecer al pueblo soberano mientras no exista un acuerdo de voluntades entre el extranjero inmigrante y los representantes del pueblo en el que pretende integrarse, acuerdo que falta en el caso de los extranjeros ilegales, e incluso en el de los legales residentes también en muchos casos tanto del lado del Estado como del lado del propio extranjero inmigrante<sup>60</sup>; ni tampoco debido a una fundamentación de la democracia en el dogma de la soberanía popular que condiciona la atribución de los derechos de ciudadanía a la pertenencia a un pueblo prejurídico del Estado<sup>61</sup>. Muy al contrario, la razón de esta imposibilidad de identificación entre unos y otros derechos reside en la diferente sujeción, derivada de la segmentación en Estados nacionales, que tienen los individuos en función de su nacionalidad, y por tanto también en la diferente necesidad funcional que tiene el ordenamiento jurídico de articular con mayor o menor extensión la titularidad de unos derechos fundamentales que han de servir como puentes para que el individuo intercambie sus roles en las distintas esferas en las que se produce la comunicación social<sup>62</sup>.

Mientras no exista un único ordenamiento global en el planeta y la nacionalidad siga siendo el vínculo jurídico que expresa la ubicación del individuo como «súbdito» en esa pluralidad de ordenamientos, será necesario que, junto a los derechos de la persona, que por razones funcionales trascienden el colectivo humano de los nacionales, existan otros derechos que,

---

<sup>59</sup> Sobre las razones para la extensión del derecho de sufragio a los extranjero véase PRESNO LINERA, Miguel, *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 45 ss., 62 ss.

<sup>60</sup> SCHUCK/SCHMITH, *Citizenship without consent*, Yale University Press, New Haven, 1985, pág. 116 ss.

<sup>61</sup> ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, ob. cit., pág. 715, 723 ss.

<sup>62</sup> Esta concepción funcional de los derechos fundamentales puede verse en LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zu politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, pág. 23-25.

al permitir a su titular disponer de las condiciones bajo las cuales discurre esa sujeción (fundamentalmente las constituyentes y las legislativas), han de estar circunscritos sólo a quienes posean la máxima vinculación con el ordenamiento estatal, es decir, a los nacionales<sup>63</sup>. Del mismo modo, tampoco toda la ciudadanía se reduce al ejercicio de los derechos de participación política directa o a través de representantes, 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 con todos los derechos civiles, políticos y sociales que los textos constitucionales atribuyen a la persona. Ciertamente, muchos de estos derechos de titularidad universal (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 del individuo a la comunidad política. Pero 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 nuclear de aquella, a través del cual la soberanía se ejerce de forma democrática<sup>64</sup>. Esto da lugar a la existencia de 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 ciudadanos nacionales es, en principio, 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 ha de reconducir el más alto grado de disfrute de los derechos de ciudadanía y la posibilidad de utilizar el vínculo formal

<sup>63</sup> En este sentido RASKIN, Jamin B., *Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141, 1993, pág. 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 aquéllos que más se ven afectados en sus intereses como plenos ciudadanos, los nacionales.

<sup>64</sup> Donde se materializa el vínculo de pertenencia a la comunidad política; cfr. SHKLAR, Judith N., *American citizenship. The Quest for inclusion*, ob. cit., pág. 26-27.

de la nacionalidad para definirlo<sup>65</sup>. A pesar de la presencia de fórmulas de atribución de la soberanía a un sujeto colectivo en casi todos los ordenamientos democráticos modernos, lo cierto es que no todos los derechos de ciudadanía política aparecen atribuidos únicamente a los miembros de una colectividad definida por la nacionalidad —en el ordenamiento español, por ejemplo, los derechos de asociación, reunión, sindicación o huelga son derechos de titularidad universal, es decir, pertenecen tanto a extranjeros como a españoles *ex constitutione*<sup>66</sup>—. Pero tampoco todos esos derechos de ciudadanía política pertenecen a toda persona por el mero hecho de serlo —el derecho de sufragio activo y pasivo, en elecciones no municipales, corresponde en nuestro ordenamiento, por ejemplo, únicamente a los ciudadanos españoles conforme a lo dispuesto en los arts. 13.2 y 23 CE—. Los distintos ordenamientos constitucionales suelen optar respecto de los derechos de participación política por un sistema mixto que, partiendo de su inicial atribución (fundamentalmente el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento nacional o a los Parlamentos autonómicos o regionales) únicamente a los nacionales<sup>67</sup>, al mismo tiempo permiten bajo ciertas condiciones la participación de los extranjeros en las elecciones en las que la calidad y la cantidad de la decisión política son más reducidas (elecciones municipales)<sup>68</sup> o en las elecciones de ámbito territorial supranacional (elecciones al Parlamento Europeo). 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

---

<sup>65</sup> 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. FRANCIS, Emmerich, *Ethnos und Demos*, ob. cit., pág. 90-91.

<sup>66</sup> STC 115/1987, de 7 de julio, FF.JJ. 2.º y 3.º; y las recientes STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FF.JJ. 3º-9.º y STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, F.J. 7.º.

<sup>67</sup> Una excepción es por ejemplo Nueva Zelanda, donde los extranjeros residentes poseen el derecho de sufragio también en las elecciones al Parlamento nacional.

<sup>68</sup> 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. RASKIN, Jamin B., *Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage*, ob. cit., pág. 1391 ss.



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.

Esto impide identificar al colectivo de los ciudadanos con los integrantes del sujeto colectivo nacional, pero también con la totalidad de las personas sometidas al ordenamiento jurídico del Estado, 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 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. Es preciso plantearse, pues, 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 Y CIUDADANÍA EN LA IMPUTACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA SOBERANÍA

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

Desde la perspectiva de las modernas concepciones iuspositivistas la soberanía ha de ser vista como una cualidad del ordenamiento jurídico que expresa gradualmente su autorreferencialidad y su positividad<sup>69</sup>. No cabe, pues, caracterizar la soberanía como la cualidad de un sujeto prejurídico<sup>70</sup>,

<sup>69</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *La soberanía borrosa: la democracia*, ob. cit., pág. 390.

<sup>70</sup> 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 ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, ob. cit., pág. 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 WALLRABENSTEIN, Astrid, *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pág. 156 ss., con las dificultades que ello conlleva



se construya éste a partir de criterios subjetivos u objetivos<sup>71</sup>. 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, construir un sujeto colectivo prejurídico nacido del pacto social originario<sup>72</sup>, sino un sujeto colectivo al que constitucionalmente se imputa una ficticia soberanía que reside en la Constitución.

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<sup>73</sup>, esto es, desarrollar la cualidad que expresa su plena positividad y autorreferencialidad<sup>74</sup>. 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<sup>75</sup> y de estructurar la creación 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 aquél 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 vinculación de la democracia con la so-

---

para la normatividad de la Constitución y sobre todo para la configuración constitucional de la nacionalidad, al hacerlas depender de una determinada interpretación histórica.

<sup>71</sup> BÖCKENFÖRDE, E-W., *Die Nation-Identität in Differenz*, en Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, pág. 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 solo conservársela.

<sup>72</sup> Como pretenden SCHUCK/SCHMITH, *Citizenship without consent*, ob. cit., pág. 116 ss., pero también BAUBÖCK, Rainer, *Transnational citizenship*, ob. cit., pág. 172 ss., aunque lleguen a conclusiones diferentes.

<sup>73</sup> Cfr. BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *Constitución, soberanía y democracia*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 8, 1991, pág. 9 ss.

<sup>74</sup> Cfr. BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *La soberanía borrosa: la democracia*, ob. cit., pág. 390.

<sup>75</sup> RÖLLECKE, Gerhard, *Souveränität, Staatssouveränität, Volkssouveränität*, en Murawiek/Storost/Wolff (Hrsg.), *Staat, Souveränität, Verfassung. Festschrift für Helmut Quarsch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pág. 27-28 ss.

beranía popular<sup>76</sup>. Sin embargo, las mismas plantean la insuperable objeción de que, en último extremo, presuponen la existencia del sujeto colectivo del 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<sup>77</sup>, permitiendo su ejercicio —y por tanto otorgándoles la ciudadanía política plena— a todos los residentes con independencia de que sean nacionales o extranjeros<sup>78</sup>. 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 —y la reserva constitucional del derecho de sufragio a los nacionales—, 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 igualación en la capacidad de participación ciudadana a que conduciría prescindir de un sujeto colectivo soberano es cuestionable desde el punto de vista de su funcionalidad jurídico-democrática.

La atribución de la soberanía a un sujeto colectivo expresa la confluencia del aspecto individualista-liberal y el comunitario-republicano en la estructuración democrática del ordenamiento<sup>79</sup>. Por una parte, la moderna concep-

---

<sup>76</sup> Véase por todos ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, ob. cit., pág. 705.

<sup>77</sup> BRYDE, Brun-Otto, *Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratie*, ob. cit., pág. 312.

<sup>78</sup> Véase, por muchos, BRYDE, Brun-Otto, *Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, ob. cit., pág. 258-259 y RUBIO MARÍN, Ruth, *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, ob. cit., pág. 235 ss.; PRESNO LINERA, M., *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003 pág. 45 ss., 62 ss.

<sup>79</sup> Cfr. SCHAUER, Frederick, *Community, citizenship and the search for national identity*, Michigan Law Review, 1986, pág. 1504 ss.; HEATER, Derek, *What is citizenship?*, Polity Press, Cambridge, 2002, pág. 98-99.

ción 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<sup>80</sup>. 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 (aspecto individualista-liberal), sino también para tutelar el interés general producto de su corresponsabilidad como colectivo<sup>81</sup> (aspecto comunitario-republicano). 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<sup>82</sup>.

En efecto, a pesar de la presencia en casi todos los ordenamientos democráticos modernos de fórmulas de atribución de la soberanía a un sujeto colectivo nacional, lo cierto es que no todos los derechos de participación política en sentido amplio aparecen atribuidos únicamente a los miembros de una colectividad definida por la nacionalidad—en el ordenamiento español, por ejemplo, los derechos de asociación, reunión, sindicación o huelga son derechos de titularidad universal, es decir, corresponden tanto a extranjeros como a españoles *ex constitutione*<sup>83</sup>—. Pero, inversamente, tampoco todos los derechos de participación política corresponden a cualquier persona. En general, se puede decir que muchos ordenamientos, incluido el nuestro (arts. 13.2 y 23 CE), suelen optar por un sistema mixto que, partiendo de su inicial atribución (derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento nacional/federal o a los Parlamentos estatales/autonómicos/regionales) únicamente a los nacionales<sup>84</sup>, al mismo tiempo permiten bajo ciertas condiciones la

---

<sup>80</sup> Sobre la soberanía nacional residenciada por el art. 1.2 CE en el pueblo español, cfr. PUNSET BLANCO, Ramón, *En el Estado constitucional hay soberano*, Fundamentos, 1998, n.º 1, pág. 329 ss.; BASTIDA FREJEDO, Francisco, *Constitución, soberanía y democracia*, ob. cit., pág. 9 ss.

<sup>81</sup> Cfr. ISENSEE, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, ob. cit., pág. 710.

<sup>82</sup> Cfr. BRYDE, Brun-Otto, *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, ob. cit., pág. 258.

<sup>83</sup> STC 115/1987, de 7 de julio, FF.JJ. 2.º y 3.º; y las recientes STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FF.JJ. 3.º-9.º y STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, F.J. 7.º.

<sup>84</sup> Excepciones son, por ejemplo, Chile, Uruguay o Nueva Zelanda, donde los extranjeros residentes poseen el derecho de sufragio también en las elecciones al Parlamento nacional, aunque en alguno de ellos, como Uruguay, se condicione a cierta asimilación cultural por parte de los inmigrantes, a los que se requiere poseer «buena conducta, familia

participación de los extranjeros en las elecciones en las que la entidad de la decisión política es más reducida (elecciones municipales)<sup>85</sup> o tiene un ámbito territorial supranacional (elecciones al Parlamento Europeo), y del mismo modo reservan para los ciudadanos nacionales únicamente el acceso a las funciones públicas que implican ejercicio de jurisdicción, permitiendo a los inmigrantes distintas fórmulas de acceso a las funciones y empleos públicos que no la conlleven, en función de sus diverso origen nacional<sup>86</sup>. En esta misma línea de integración a través de la participación política de los inmigrantes se orienta la noción extensa de ciudadanía europea o «ciudadanía cívica» de la que habla el Dictamen 593/2003, de 14 de mayo de 2003, del Consejo Económico y Social Europeo, sobre la «Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea», en el que dicho organismo aboga por construir la ciudadanía europea en torno al criterio de la residencia y no al de la nacionalidad de un Estado miembro, a partir de la atribución a los extranjeros no comunitarios residentes en el territorio de la Unión de derechos de ciudadanía (libertad de establecimiento y de circulación, acceso a archivos y registros o al Defensor del Pueblo Europeo, etc.), ya existente en los Tratados de la Unión.

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 ejercicio de la misma<sup>87</sup>, y por tanto, de participación ciudadana: desde el ejercicio de derechos de participación

---

constituida en la República, capital en giro o propiedad en el país, o profesión de alguna ciencia, arte o industria».

<sup>85</sup> 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. RASKIN, J. B., *Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage*, op. cit., p. 1391 ss.

<sup>86</sup> En este punto, véase el art. 10.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, que ha extendido en el ámbito de la contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas a los inmigrantes no comunitarios, ni asimilados, el mismo régimen jurídico que se deduce del Derecho de la Unión Europea tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia comunitaria (*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2001, C405/01 —Caso Colegio de oficiales de la marina mercante española—*).

<sup>87</sup> Cfr. BRYDE, Brun-Otto, *Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, ob. cit., pág. 318 ss.

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<sup>88</sup>. Y es posible que los textos constitucionales, expresa (art. 1.2, art. 13.2 y 23 CE) o tácitamente (art. 20.1 en relación con el Preámbulo de la *Grundgesetz* alemana), hayan exigido 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 de funciones públicas directas en ciertos procesos normativos administrativos y judiciales, 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<sup>89</sup>. No se trata de imponer los criterios de un sujeto colectivo homogéneo y prejurídico, sino 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.

*b. Consecuencias jurídicas para la nacionalidad de la imputación de la soberanía democrática 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 construida a partir de la imputación de la soberanía a un sujeto colectivo igualitario y plural<sup>90</sup>. 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

---

<sup>88</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 217 ss.

<sup>89</sup> Cargos o funciones públicas que conlleven el ejercicio de autoridad o jurisdicción, tal y como ha interpretado este concepto la jurisprudencia comunitaria (*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2001, C405/01 —Caso Colegio de oficiales de la marina mercante española—*), respecto de la exclusión de ciudadanos comunitarios no españoles.

<sup>90</sup> 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 WALLRABENSTEIN, Astrid, *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, ob. cit., pág. 159 ss.

criterios que el constituyente o el legislador utilicen 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 de la soberanía nacional y la soberanía popular<sup>91</sup> 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 del ordenamiento jurídico<sup>92</sup>. Se trata tanto de una fórmula igualitarista participativa (es el caso de la soberanía popular) como de una fórmula representativa (es el caso de la soberanía nacional)<sup>93</sup>. La presencia de una u otra en los ordenamientos jurídicos occidentales, impregnada 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. No existe, pues, una cuasi absoluta libertad del legislador (del Código Civil en el caso de España) para configurar la atribución originaria y la adquisición derivativa de la nacionalidad, puesto que, dada su incidencia en la construcción del sujeto colectivo de la soberanía y, por consiguiente, en el ejercicio del núcleo participativo de la ciudadanía, hay que entender que estaría implícitamente condicionado por el principio democrático como principio estructural de nuestro ordenamiento (art. I. I CE en relación con el art. II CE).

En efecto, el principio democrático requiere una construcción fundamentalmente igualitarista y activo-participativa del sujeto colectivo al que se imputa la soberanía. Este igualitarismo, por su parte, refleja el aspecto liberal-individualista de la construcción del ordenamiento jurídico, puesto

---

<sup>91</sup> Véase la clásica distinción que realiza entre unas y otras CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, tome II, CNRS, Paris, pág. 167 ss.

<sup>92</sup> Cfr. PUNSET BLANCO, Ramón, *En el Estado constitucional hay soberano*, ob. cit., pág. 329 ss.

<sup>93</sup> Crítico con la forma de construir este dogma por parte de Carré de Malberg a partir de los clásicos revolucionarios franceses, cfr. SCHÖNBERGER, Christoph, *Vom repräsentativen Parlamentarismus zur plebiszitären Präsidialdemokratie: Raymond Carré de Malberg (1861-1935) und die Souveränität der französischen Nation*, Der Staat, Bd. 34, 1995, pág. 365 ss.

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 comunitario-republicanos e individualista-liberales 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 pueblo/nación debe estar abierta mientras permanezcan abiertas las fronteras y, por tanto, debe quedar abierta la posibilidad de ser plenamente súbdito y ciudadano<sup>94</sup>, 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<sup>95</sup>. Por supuesto esta pertenencia 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, pero siempre que ese acervo no tenga un carácter étnico o cultural común en el sentido de la tradicional *nación cultural*, sino un carácter constitucional-democrático, derivado de la sujeción a un marco normativo procedimental y orientado a respetar la pluralidad cultural<sup>96</sup>.

Por tanto, el vínculo de la nacionalidad no debería articularse en un Estado democrático con la intención de reconstruir un ente colectivo caracterizado por unas señas comunes de identidad socio-cultural. Más bien al contrario, debería construirse con el fin de dotar de contenido personal a un sujeto colectivo, 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, marco de un pluralismo cultural que se desarrolla a través del ejercicio de los derechos fundamentales y, sobre todo, de los derechos de ciudadanía. Esto no pretende la incorporación automática al colectivo soberano de todos 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 su-

---

<sup>94</sup> Cfr. WALZER, Michael, *Spheres of Justice. A defense of pluralism and equality*, Basic Books, New York, 1983, pág. 62.

<sup>95</sup> Cfr. MASSING, Johannes, *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, ob. cit., pág. 24-25, con apoyo en la BVerfGE 83, 37 (51 ss).

<sup>96</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, ob. cit., pág. 642-643.



ponga la existencia de elementos (patria potestad, nacionalidad y residencia de los padres, etc...) que presupongan racionalmente como promedio una cierta intensidad del sometimiento del individuo al ordenamiento estatal, o cuando con ella se traten de evitar situaciones de apatridia. Y 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 en aras de una más perfecta congruencia entre el pueblo gobernante y el pueblo gobernado. No se trata, pues, de que no se le exija nada a quien automáticamente es incorporado como nacional<sup>97</sup>, dado que la democracia exige sus sacrificios, algunos inherentes a ella (como el sometimiento a las reglas procedimentales o materiales producto del gobierno democrático) y otros externos a ella pero consustanciales al contexto jurídico en el que el principio democrático desarrolla sus efectos (como la existencia de diversos ordenamientos estatales territorialmente diferenciados y el papel que debe desempeñar la nacionalidad en relación con ellos). Estos últimos pueden conducir a que a muchos individuos, a tenor de sus expectativas vitales, les resulte más adecuado no nacionalizarse y conservar su nacionalidad de origen, ante el temor a perder esta última o parte de los derechos —no democráticos— de participación que permanezcan asociados a conservarla en situaciones de doble nacionalidad<sup>98</sup>. Además, la nacionalización automática exacerbaría la producción de situaciones de doble nacionalidad imperfecta o de pérdida de la nacionalidad originaria, no necesariamente deseadas por los extranjeros residentes en un nuevo Estado. 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 democráticos occidentales en los que se mantienen unidos, pues convertirían en gobernantes en un Estado a quienes no son (o lo son mínimamente) gobernados<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Como pretende RUBIO MARÍN, Ruth, *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, ob. cit., pág. 105 ss.

<sup>98</sup> Sobre la utilidad de la nacionalización para los extranjeros es especialmente interesante el análisis de BAUBÖCK, Rainer, *Transnacional citizenship*, ob. cit., pág. 102 ss.

<sup>99</sup> Pocos Estados democráticos, como México en el art. 34 ss. de su Constitución federal, prohíben a los nacionales emigrados ejercer los derechos de ciudadanía política; Sobre



Semejante cambio en la forma de entender la construcción del sujeto nacional de la soberanía tampoco pasa necesariamente por la opción por uno u otro criterio de atribución de la nacionalidad por nacimiento, como el *ius soli* o el *ius sanguinis*. Tanto uno como otro pueden resultar incompatibles con esta comprensión procedimental del principio democrático y determinar una construcción étnico-cultural de la nacionalidad, si no se combinan adecuadamente con el criterio del *ius domicilii*<sup>100</sup>. 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 con el ordenamiento del Estado se reduce, en principio, a un mínimo insuficiente, pero igualmente también es discutible la atribución de la nacionalidad por el mero hecho casual de haber nacido en el territorio del Estado con independencia de la vinculación que el individuo vaya a tener con ese ordenamiento<sup>101</sup>. Ciertamente, si los padres son nacionales es fácticamente probable que residan en España, y este dato puede ser asumido por el legislador —cuando se da un mínimo elemento indiciario de que puede ser así— para, dentro de la apertura constitucional democrática, 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 respecto de los segundos, van a hallarse más intensamente sujetos a nuestro ordenamiento por su residencia en el territorio nacional. Sin embargo, es también 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 a ella asociados por parte del nacional emigrante que durante largo tiempo ha perdido la intensa vinculación con el ordenamiento, re-

---

ello, críticamente, CARPIZO, Jorge, *El voto de los mexicanos en el extranjero: contexto, peligros y propuestas*, en CARPIZO/VALADÉS, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, págs. 73 ss.

<sup>100</sup> Sobre el contacto territorial (*ius domicilii*) como principal punto de conexión para la adquisición de la nacionalidad y las consecuencias de ello en el derecho alemán de la nacionalidad, cfr. MASSING, Johannes, *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, ob. cit., pág. 27 ss.; respecto de España, cfr. ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 160 ss.

<sup>101</sup> Sobre los inconvenientes del manejo asilado de unos y otros criterios, cfr. BAUBÖCK, Rainer, *Transnacional citizenship*, ob. cit., pág. 23 ss.

sultaría 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.

Por lo anterior, 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*, terminan por combinarlos entre sí, generando modelos mixtos. Así, por ejemplo, el art. 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 inversas se pueden encontrar tanto en legislaciones tradicionales de *ius sanguinis* —como la Ley de nacionalidad alemana (StAG) de 1999 o la Ley 91/1992 de ciudadanía italiana—, pero también en ordenamientos prototípicamente de *ius soli* —como el Código Civil francés o la Immigration and Naturalization Act norteamericana—. Pero, lo cierto es que los ordenamientos mencionados rara vez los combinan con la suficiente intensidad con el principio de residencia (*ius domicilii*) en la adquisición por nacimiento de la nacionalidad, lo que sería una auténtica exigencia de su construcción democrática. La falta de conciencia de esta necesidad de combinarlos con el criterio de la residencia se deja ver en el art. 6 del *Convenio Europeo sobre Nacionalidad, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997*, que se olvida del *ius domicilii* en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad por nacimiento. Y, sin embargo, de forma totalmente incongruente con lo anterior, el art. 8 de dicho *Convenio* 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. Con todo, 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 tuvieses allí su residencia habitual, a

*no ser que el menor resultase por ello apátrida*», aunque después introduce ciertas excepciones a la misma.

Esta ausencia del *ius domicilii* en los criterios de atribución de la nacionalidad por nacimiento se ve contrarrestada con la exigencia de este contacto territorial con diversa intensidad — que va desde los cinco años del art. 21. 17 Code Civil francés, el art. 114 c) Ley sueca de ciudadanía y el art. 316 a) Immigration and Naturalization Act de los EE.UU. hasta los diez años del art. 10.1 Ley austriaca de ciudadanía, el art. 9.1. Ley de ciudadanía italiana o nuestro art. 22. 1 CC, pasando por los ocho años del § 10 StAG alemana— para la naturalización por residencia posterior al nacimiento. Aún así, el art. 22. 2 CC, al modular este plazo general de diez años de residencia —que, al igual que en los ordenamientos mencionados, ha de ser en todo caso legal y continuada<sup>102</sup>—, lo 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.

El cambio de comprensión en la forma de construir la nacionalidad pasa, no obstante, mucho más por cuestionar la razonabilidad democrático-constitucional de ciertas exigencias para la adquisición derivativa de la nacionalidad que perfilan la construcción de un ente colectivo étnico-culturalmente homogéneo. En la línea de otros ordenamientos de nuestro entorno, el Código Civil exige para la adquisición de la nacionalidad por residencia el conocimiento de la lengua castellana u otra lengua española cooficial (art. 22.4 CC genéricamente y art. 220.5 del Reglamento del Registro Civil —RRC-específicamente, en la línea del § 10.1, n.º 6 y 7 de la Ley de nacionalidad alemana, del art. 21-24 CC francés o de la Sec. 312 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU.), su integración socio-cultural (art. 22.4 CC y art.

---

<sup>102</sup> Exigencia que requiere —*STS de 19 de septiembre de 1988, Sala 1.ª; STS de 22 de noviembre de 2003, Sala 3.ª; STS de 17 de noviembre de 2001, Sala 3.ª; STS de 10 de mayo de 2005, Sala 3.ª*—, como regla general, no solo un título jurídico para encontrarse en el territorio español, sino específicamente el título consistente en un *permiso de residencia* conforme a la legislación de extranjería; con todo, la continuidad de la residencia no excluye interrupciones debidas a salidas temporales al extranjero por motivos personales, vacacionales, o para la renovación extemporánea del permiso de residencia —*STS de 19 de septiembre de 1998, Sala 1.ª; STS de 23 de noviembre de 2000, Sala 3.ª; STS de 24 de mayo de 2007, Sala 3.ª*—, siempre que no se merme la eficacia de esa residencia, esto es, esa vinculación permanente y estable durante el tiempo de residencia legalmente exigido con el ordenamiento español —*STS de 18 de mayo de 2007, Sala 3.ª*—.

220.5 RRC, en la línea del art. 21-24 CC francés, y del test de nacionalización del § 10.2 StAG y de los §§ 43-45 ZwG), que perfilan la construcción de un ente colectivo étnico-culturalmente homogéneo. También se requiere buen comportamiento cívico (art. 22.4 CC y art. 220.5 RRC, en la línea de los arts. 21-23 y 21-27 CC francés y del art. 36 del Decreto 93-1362, de 30 de diciembre, de desarrollo de esos artículos) y la no comisión de actos criminales (art. 22.4 CC genéricamente y art. 220.3 RRC específicamente, en la línea de los arts. 21-23 y 21-27 CC francés y del art. 36 del Decreto 93-1362, de 30 de diciembre, de desarrollo de esos artículos, del art. 10.1, Núm. 2, 3, 4 y 6 Ley austriaca de ciudadanía, de la Sec. 316 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU., o del § 11 StAG), a la búsqueda de una cierta homogeneidad político-cultural del sujeto colectivo de la nacionalidad. Sin embargo, el carácter procedimental y no militante de nuestra democracia explica que no se pueda exigir un nivel de conocimiento del sistema político-constitucional (como, por ejemplo, hace la Sec. 312 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU.) o una lealtad política con el colectivo nacional (por ejemplo, la Sec. 316 Immigration and Naturalization Act de los EE.UU., y el § 10.1.n.º 1 StAG), pues, aunque el art. 23 a) CC exige prestar juramento de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, en consonancia con la jurisprudencia constitucional sobre el juramento de lealtad constitucional, éste ha de ser entendido como un mero ritual carente de contenido obligatorio material, más allá de la general obligación de respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que impone el art. 9.1 CE<sup>103</sup>.

Sin pretender analizar aquí en detalle la compatibilidad con el principio democrático de cada uno de estos requisitos, sí se puede decir, en primer lugar, que su constitucionalidad depende en buena medida de la concreta configuración jurídico-constitucional que cada ordenamiento haya hecho de sus principios estructurales: así, no es la misma en democracias militantes como la alemana (art. 79.3, art. 21.2 y art. 18.3 GG), que en democracias procedimentales como la española (art. 6, art. 168 CE)<sup>104</sup>; ni en ordenamientos en los que los extranjeros tienen constitucionalmente reconocidos más

---

<sup>103</sup> Véanse la STC 122/1983, de 23 de diciembre, F.J. 5.º; la 119/1990, de 21 de junio, FF.JJ. 4.º ss.; la STC 74/1991, de 8 de abril, FF.JJ. 4.º y 5.º; y la STC 48/2003, de 12 de marzo, F. J. 7.º.

<sup>104</sup> Sobre la comparación entre el entendimiento del principio democrático en los dos ordenamientos, ya OTTO y PARDO, I.de. *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, ob. cit, pp. 27 ss.

derechos fundamentales que donde tienen reconocidos menos derechos; ni tampoco en ordenamientos internamente multiculturales y territorialmente descentralizados (como España) que en ordenamientos que pretenden una homogeneidad cultural interna y por ello se organizan centralizadamente (como Francia).

En segundo lugar, se debe añadir que resulta más fácil justificar aquellos —como la posesión de unos mínimos conocimientos lingüísticos, necesarios para la comunicación con los poderes públicos, o la no comisión de actos criminales (buena conducta cívica en el más amplio sentido utilizado por nuestro Código Civil)— que tienen una estrecha vinculación con la función jurídico-constitucional y políticamente neutra de la nacionalidad de contribuir a la eficacia del ordenamiento estatal con la construcción de un pueblo o una nación de súbditos estables y permanentes<sup>105</sup>. Por el contrario, la asimilación cultural que ponen de relieve la exigencia de «suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22. 4 CC), y sobre todo de «adaptación al estilo de vida y a las costumbres españolas» (art. 220.5 RRC), pero también los test o cursos de asimilación cultural anglosajones o alemanes, se dejan justificar mucho más difícilmente desde el punto de vista de la configuración pluralista del principio democrático<sup>106</sup>, y en ningún caso pueden sustentarse<sup>107</sup>, como ha pretendido en múltiples ocasiones nuestro Tribunal Supremo, en que el Estado legislador tenga una competencia o poder soberano para la concesión de la nacionalidad<sup>108</sup>, en una presunta competencia discrecional (incluso política) de los poderes administrativo y/o judicial para colmar conceptos jurídicos indeterminados como los de orden público o interés nacional<sup>109</sup>, ni tampoco en una presunta necesidad

<sup>105</sup> Como, por ejemplo, ponen de relieve la *sts de 23 de septiembre de 2004, Sala 3.<sup>a</sup>*; la *sts de 29 de octubre de 2004, Sala 3.<sup>a</sup>*; la *sts de 11 de octubre de 2005, Sala 3.<sup>a</sup>*; la *sts de 13 de septiembre de 2006, Sala 3.<sup>a</sup>*; la *sts de 9 de abril de 2007, Sala 3.<sup>a</sup>* o la *sts de 4 de diciembre de 2007*.

<sup>106</sup> Cfr. ALÁEZ CORRAL, B. *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 181 ss.; en un sentido opuesto, cfr. WALLRABENSTEIN, A., *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, ob. cit., pág. 163 ss.

<sup>107</sup> Así, en menor número de ocasiones nuestro Tribunal Supremo, como en la *sts de 16 de febrero de 2004, Sala 3.<sup>a</sup>*; o en la *sts de 22 de abril de 2004, Sala 3.<sup>a</sup>*

<sup>108</sup> Véanse, entre muchas, la *sts de 30 de noviembre de 2000, Sala 3.<sup>a</sup>*, o la *sts de 12 de noviembre de 2002, Sala 3.<sup>a</sup>*

<sup>109</sup> Véanse la *sts de 8 de febrero de 1999, Sala 3.<sup>a</sup>*, la *sts de 1 de julio de 2002, Sala 3.<sup>a</sup>*; la *sts de 17 de febrero de 2003, Sala 3*; la *sts de 17 de febrero de 2003, Sala 3.<sup>a</sup>*; la *sts de 17 de octubre de 2007, Sala 3.<sup>a</sup>*

democrática de cierta homogeneidad cultural (en valores distintos de los democráticos) del pueblo soberano. Cualquiera de estas fundamentaciones entra en contradicción con la supremacía constitucional del Estado democrático de derecho y con el mayor valor de los derechos fundamentales, incluidos los atribuidos en condiciones de igualdad a españoles y extranjeros a través de los cuales éstos pueden desarrollar su personalidad multiculturalmente. Y menos aún, si se tiene en cuenta que la nacionalidad es la condición de titularidad y ejercicio de los derechos esenciales a la ciudadanía política, puesto que semejante potestad discrecional o soberana afectaría a su capacidad jurídica iusfundamental<sup>110</sup> y al desarrollo de su dignidad como personas. Por tanto, no cabe utilizar la política de nacionalidad para limitar el ejercicio multicultural de los derechos fundamentales y homogeneizar culturalmente a la nación, más allá de los límites mencionados.

*c. Relevancia del núcleo de la ciudadanía política para la 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 la ciudadanía. Construida ésta como un vínculo jurídico gradual que genera una praxis cívica, la ciudadanía requiere la 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, como el alemán<sup>111</sup>, el francés<sup>112</sup> y, en fin, el español<sup>113</sup>, para limitar la atribución de

---

<sup>110</sup> Sobre la capacidad jurídica iusfundamental, véase ALÁEZ CORRAL, B. *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 89 ss.

<sup>111</sup> *BVerfGE* 89, 155 ss. (ya en la *BVerfGE* 83, 37 ss. y en la *BVerfGE* 83, 60 ss).

<sup>112</sup> Decisiones 92-308 de 9.04.1992; 92-312 de 02.09.1992; y 92-313 de 23.09.1992 del Conseil Constitutionnel.

<sup>113</sup> *DTC* 1/1992, de 1 de julio de 1992.

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 municipal —y por tanto la ciudadanía— de quienes no pertenecen —ni se puede pretender que pertenezcan a esos solos efectos— a ese colectivo<sup>114</sup>, 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), a través de las cuales se ejercen los diversos aspectos de la *Kompetenz-Kompetenz* y, por tanto, el dominio sobre el proceso de integración<sup>115</sup>.

En este sentido, cabe decir que el sujeto colectivo nacional debe tener 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 nacional o autonómico, 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 el de asociación, reunión, la libertad de expresión e información, que algunos ordenamientos, como el español, atribuyen a los extranjeros (incluso a los no residentes) en condiciones de igualdad con los nacionales. E incluso dentro del derecho de sufragio, la diferente intensidad en la vinculación y en el interés, según de qué decisiones normativas se trate, permite explicar, e incluso justificar democráticamente<sup>116</sup>, 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.

<sup>114</sup> DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992, FF. JJ. 3.º y 5.º.

<sup>115</sup> DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, F.J. 4.º ss., y BVerfGE 89, 155 (169-172). Si, por el contrario, como propone parte de la doctrina (REQUEJO PAGES, Juan Luis, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. 25 ss), se acepta como posible la cesión de parte de la *Kompetenz-Kompetenz* a la Unión Europea, carece de sentido la exclusión del núcleo de la ciudadanía —derecho de sufragio nacional y autonómico— de aquéllos 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.

<sup>116</sup> PRESNO LINERA, Miguel, *El derecho de voto*, ob. cit., pág. 74 ss.



Por tanto, no sólo ejercen la soberanía los miembros del colectivo al que se imputa ésta<sup>117</sup>, 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<sup>118</sup>. De ahí que en ella sólo puedan participar 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, como hacen los arts. 13.2 y 23 CE, 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 del colectivo nacional. En otras palabras, esa 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

---

<sup>117</sup> 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 PRESNO LINERA, Miguel, *El derecho de voto*, ob. cit., pág. 135 ss., y en general sobre la consideración de los menores como partícipes en el ejercicio de la soberanía, cfr. ob. cit. ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 45 ss.

<sup>118</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, ob. cit., pág. 153 ss.



la propia Constitución generaba 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 tenga en cuenta la función legitimadora que desempeña la ciudadanía en el Estado democrático, y, por tanto, que no otorgue la plena ciudadanía política a quién 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; pero igualmente también exige que no le niegue la nacionalización y, por tanto, la plena ciudadanía política a quién, 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 exigible a partir de la comprensión constitucional-democrática de aquellos dogmas.

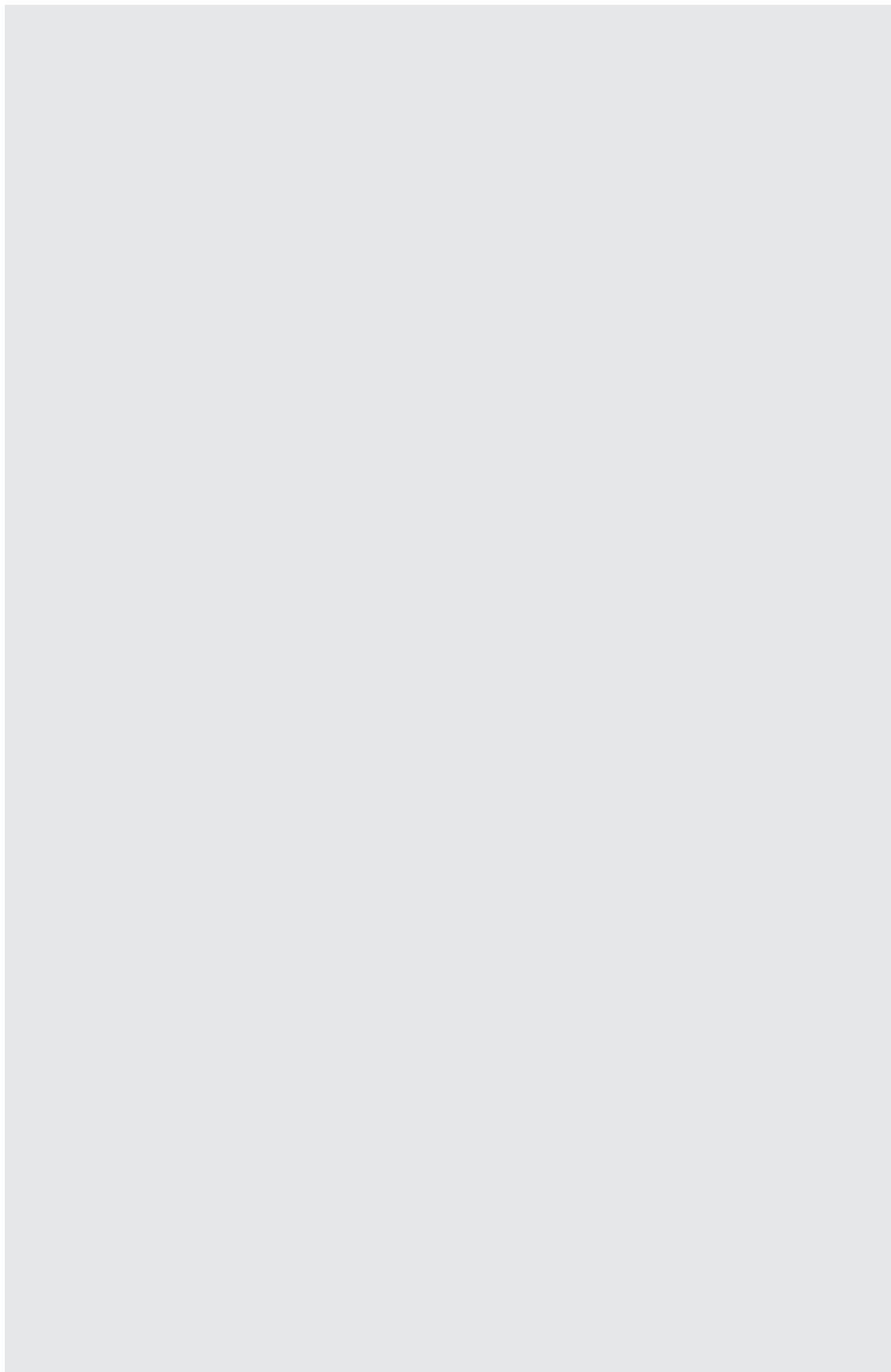


# NATIONAL IDENTITY, ETHNIC HETEROGENEITY AND THE NEW CULTURALIZATION OF CITIZENSHIP

Veronika Schmid/Mathias Bös

## SUMARIO

1. Introduction
2. Preliminary Remarks
- 2.1. Conceptual problems in theorizing identity
- 2.2. Conceptual problems in theorizing belonging: ethnicity and the modern nation-state
3. Nationality and citizenship as different modes of membership
- 3.1. Conceptions of citizenship on a subnational level
- 3.2. Conceptions of citizenship on a supranational level
4. Recent transformations of citizenship: The neo-liberal policies of belonging
- 4.1. «Active/moral» and «passive/formal» conceptions of citizenship
- 4.2. The culturalization of membership
- 4.3. The moralization of membership
- 4.4. The dialectical interplay of the universalization and particularization of membership
5. How to analyze national identity
6. References



## I INTRODUCTION

In contemporary migration research, concepts like «national identity», «ethnicity», «assimilation» or «integration» are subjects of ongoing controversies. In the face of globalization, worldwide migration and the increasing relevance of multi-level politics, it has almost become commonplace that the territorially-bounded nation-state is losing its national sovereignty as well as its significance for the construction of collective identities. It is often argued, furthermore, that due to this assumed erosion of the nation-state, formerly shared values and identifications have become fragile. Here, debates on cultural and ethnic heterogeneity come into play. The implicit assumption underlying these discourses is that ethnic-cultural diversity is conceived as a potential threat to the unity and security of the nation-state (cf. Glick Schiller 2007: 40). Especially, conservatives claim that cultural plurality intensifies social conflicts and threatens the social cohesion of society. As a consequence, migrants are all too soon blamed for economic problems, for rising costs of the welfare state and for problems relating to crime and safety. Yet, ethnic and cultural plurality is not something new to (western) societies at all.

Why is the question of national identity so prominently discussed today? In order to answer this question, we develop the following thesis: Since belonging to the nation-state is more and more perceived as something which ought to be learned and achieved, the «ethno-national closure» of the modern nation-state (Wimmer 2004) is challenged. At the same time, however, belonging to society is discursively constructed and relies increasingly on ethnic and cultural criteria. It is exactly this (seemingly contradicting) coincidence of a rational opening and cultural closing of membership criteria which makes the question of national identity that controversial today.

As we will see, the controversies start with the very concept of identity itself (2.1). The seemingly natural equation of the nation-state with a homogeneous ethnic identity is deconstructed by referring to an ethnic boundary-making perspective (Wimmer 2008, 2009) and by taking the critique of methodological nationalism (cf. Wimmer and Glick Schiller 2002, 2003) into account (2.2). Here, the essentialist and naturalized presuppositions associated with the reified notion of national or ethnic identity are discussed in particular. After these rather preliminary clarifications of the conceptual framework, we then describe nationality and citizenship as the two fundamental modes of inclusion and exclusion in the nation-state (3) and will briefly deal with recent theories of citizenship which are based either on a subnational or on a rather supranational level (3.1).

Next, we analyze recent transformations of citizenship (4). Since the question of national identity is inextricably linked with the question of who belongs to the nation-state and who does not, national identity will be discussed with respect to new modes of belonging. We will argue that in the face of an increasing neoliberal marketization of the social life, western European nation states are undergoing new processes of identity formation. Due to an increasing loss of significance, national governments struggle to regain their national sovereignty. Paradoxically, they do this by affirming the «language» of market, endorsing exactly those ideas that seemingly threaten the nation-state's authority, as, for instance, heterogeneity, universalism and cultural plurality. By incorporating those – on the surface – antagonistic ideals, the national project (still) keeps sticking to its historically inscribed principles of achievement and universalism. Yet, at the same time, this gives room to re-negotiate ethnic categories of belonging.

Due to these processes new forms of exclusion are set up which lead, in turn, to a *qualitative* differentiation of citizenship (chapter 4.1). Since national membership criteria are increasingly associated with the 'liberal' logic of the market, they are – by and large – no longer ethnically ascribed but are achievable. At the same time, membership criteria become culturalized (4.2). Apart from this, new boundaries are established, following the logic that a morally good citizen is, first and foremost, an economically well-doing and economically independent citizen (4.3). At the same time, this moralization of citizenship is accompanied by a neoliberal focus on individual responsibility (Schinkel 2010, Schinkel and van Houdt 2010).

Then, we will try to delineate the consequences thereof (4.2): In line with Schinkel we argue that inasmuch as (economic) integration becomes citizenship, the citizenship status of those who are formal citizens in the juridical sense but supposedly lack integration shifts from an actual to a virtual status (Schinkel 2010: 265). New social conflicts about national identity and belonging may arise in which ethnic categories, again, may play a powerful role. This can be the case even more, since the moralized notion of the «good» or «active citizen» can be achieved by migrants who are economically well-off, whereas autochthons may be – at least morally – excluded from the national community. Thus, along with universalistic, denationalizing processes, struggles about ethnic and national identity are likely to remain powerful (4.4). In this understanding it is the universalistic orientation of achievement and the market (totally ignoring aspects of ethnicity) that finally fuel the discussion on national and ethnic identity with derogatory perceptions. Finally, we will analyze how these transformations of membership configurations influence current debates on national identity (5).

## 2 PRELIMINARY REMARKS

As the following consideration will show, it is not a very promising attempt to analyze or speak of a nation's identity in a way one would analyze or speak of a person's identity. However, of course, there is still the widespread folk theory or belief that almost every person belongs to a unique national community which can be characterized by a culturally distinct mentality.

Such conceptions of nationhood strongly rely on the idea of analyzing nations as if they were (real) persons. Indeed, there has been a lot of research on the alleged 'mentalities' of nations after World War II. During this period, the study of national character was seen as «one of the most exciting frontier areas of the social sciences» (Gleason 1983: 923). Nowadays, the tradition of national character studies is somehow prolonged by typologies of nationhood as either «ethnocultural» or «civic» (Brubaker 1992).

In such a typology, an ethnocultural understanding of the nation («Kulturturnation») is based on the idea of a common genealogy, on a common history and on shared cultural traditions and customs. A civic understanding, however, perceives the nation as a political community, governed by liberal and democratic principles («Staatsbürgernation»). Proponents of

such nation citizenship models (e.g., Brubaker 1992) take the immigration and naturalization policies as an indicator for the classification of different nations<sup>1</sup>: The legal principle of *ius sanguinis* (the principle of descent) is associated with an ethnocultural understanding of nationhood; the principle of *ius soli* (the territorial principle) and *ius domicilii* (the principle of residence), by contrast, are linked with a civic understanding of the nation.<sup>2</sup> Thus seen, the United States (as the «great melting pot») and France are conceptualized as examples of civic nationhood (with inclusionist immigration and naturalization policies), whereas Germany – due to its genealogical tradition of membership and its former refusal to accept dual citizenship (equaling exclusionist immigration and naturalization policies) – represents the ethnocultural understanding of nationhood.<sup>3</sup>

However, such typologies of national identities are too simple a view. None of the so-called paradigm cases – be it Germany, France or the United States – can be seen as a pure incarnation of either an ethnocultural or a civic model of national identity (Peters 2002:7). Has not, for instance, America had a particular system of values and beliefs (e.g., the American way of life, a peculiar emphasis on the pursuit of happiness, on individual freedom and on equal opportunity)? Is not, similarly, the collective self-understanding of France based on certain national traditions (14<sup>th</sup> of July) and supported by a shared interpretation of national symbols, history and the national achievements of the French Revolution?

Conceptualized as a collectively shared sameness (sameness concerning a common language, common habits, common values and ideas – and a common history or even origin), national identity strongly relies on the idea that there is a peculiar and authentic national self or character which ought to be preserved and cultivated. Although such an understanding is, cer-

---

<sup>1</sup> Some authors, e.g., Brubaker (1992) argue that such national citizenship models are – once established – quite stable and persist for a long time.

<sup>2</sup> It is noteworthy, however, that *ius sanguinis* – at least in the legal sense – cannot be explained by referring to ideas or images of a kind of blood relationship of Germanic tribes. Instead of this, it is in fact derived from rules of heritage within royal houses (Bös 2000: 19). The British crown, for instance, has been allocated by *ius sanguinis* since 1351. Since then, descendants of the British royal house can become king or queen of Britain – even if they are not born within the British territory (ibid).

<sup>3</sup> In 1999 a reform act of the German nationality law was passed. With this reform, Germany, too, has adopted a nationality law which combines the principle of *ius sanguinis* and *ius soli* in a way quite similar to other European countries and North America.



tainly, still quite widespread, it is too reifying a view. We argue, therefore, that it is not very informative to draw too close a parallel with conceptions of individual and national identity. First, such an understanding amounts to mixing categories of quite different analytical (micro-, macro-) levels.<sup>4</sup> Second, both categories – the notion of identity (even individual identity) as well as conceptions of the nation-state – are equally contested and highly ambiguous in the social sciences (see section 2.1 and 2.2).

In our understanding, the question of national identity is rather to be seen as centered on the discourse of inclusion and exclusion. National identity is inextricably linked with ideas of ‘the other,’ since nationalism is grounded in defining who belongs to ‘us,’ in defining the ‘we’ and ‘they’ (Triandafyllidou 1998: 596). According to Seyla Benhabib, the «negotiation of identity/difference (...) is the political problem facing democracies on a global scale» (Benhabib 1996: 3ff). In focusing on the transformations of membership criteria, we will try to illustrate how conceptions of membership and national identity are challenged, deconstructed and reconstructed. As a per se empty signifier (Laclau 1996), national identity is used in the diverse social struggles over a hegemonial understanding of inclusion and exclusion. Key questions to be addressed in the analysis are, for instance: What is considered required to be an entitled member of society and/or the nation-state – common descent or shared cultural habits, a common religion or rather a common language and common values such as ‘democracy,’ personal achievement, self-responsibility or ‘human rights’?

In order to address these questions adequately, it is – first of all – necessary to envisage the various conceptual problems associated with the term ‘identity’ and ‘nation-state.’

### *2.1 Conceptual problems in theorizing identity*

Research on migration and ethnicity can hardly do without the term «identity» (Gleason 1983; Brubaker and Cooper 2000). But what exactly is meant by «identity?» Though the term seems to be intuitively plausible

---

<sup>4</sup> Epistemologically seen, using a concept such as ‘mentality’ interchangeably between the micro- (a person’s mentality) and macro-level (a nation’s mentality) of analysis is a reductionist understanding of social reality: Phenomena or characteristics of the macro-level are, then, simply deduced from the micro-level. In the last consequence, this would amount to the rather doubtful assumption that all Germans or all Spaniards share the same personality traits.

and well-defined, it is, however, difficult to determine the meaning. Adding, moreover, a modifier such as «national» or «ethnic» identity complicates matters even further. We have, thus, the paradoxical situation that the concept of ethnic or national identity is almost ubiquitous in scientific writing, though it is in fact used in many different and even contradicting ways.<sup>5</sup>

In his semantic history of the term «identity», Philipp Gleason (1983) points out that the concept is mainly marked by two conflicting understandings. According to Gleason, the first usage of the term can be traced back to Eric Erikson's developmental stage model (Erikson 1959). Erikson conceives identity as «the inner core» of a person, persisting through change. Though this inner core is – to some extent – modified by social interactions or by the social milieu of a person, identity is largely seen as something that is «located in the deep psychic structure of the individual» (in Gleason 1983: 918). However, influenced by symbolic interactionism, role theory and reference-group theory, a quite different understanding of identity has been developed by sociologists. In this understanding identity is – as Gleason illustrates – viewed as the outcome of various interactions between individuals as well as between individuals and society. Thus seen, identity is continuously created and re-created. Undoubtedly, this view challenges Erikson's idea that identity is a solid, given entity.

These two contradicting interpretations of the term identity turn up again, if one takes a closer look at the term «ethnicity» (Gleason 1983, Brubaker and Cooper 2000). Here, again, ethnicity is viewed as either a given, basic and – moreover – largely unquestioned element in a person's identity that can hardly be changed (primordialist view) or ethnicity is seen a socially negotiated element that depends on the situation (optionalist or interactionist view).

For Eriksonians/primordialists, identity is deep, internal, and permanent; for interactionists/optionalists, identity is shallow, external, and evanescent. (Gleason 1983: 920)

The former (primordialist) view seems to be inscribed in the nationality laws of *ius sanguinis*, whereas the latter (optionalist) view seems to be

---

<sup>5</sup> For a detailed analysis of the conceptual problems inherent in the term «identity» see, for instance, Brubaker and Cooper (2000).

expressed in the legal construction of *ius soli*. As Gleason points out, the peculiarity of the term «identity» is due to the fact that it focuses on the linkage between the individual personality on the one hand and social and cultural settings on the other hand.

Not surprisingly, the terms identity and ethnicity are closely linked. In fact, as Gleason (1983: 912) puts it, there is a close connection between the questions «Who am I?» (identity) and «Where do I belong?» (ethnicity/belonging to the nation-state).

### *2.2 Conceptual problems in theorizing belonging: ethnicity and the modern nation-state*

According to Wimmer, the categorical lenses through which we observe ethnicity are strongly biased. For him, migration research has too long taken the distinction between immigrant ethnic minorities and the national majority as the obvious starting point. Especially migration research, Wimmer (2009) argues, has been stuck in theoretical deficiencies which he traces back to a perspective derived from Johann Gottfried Herder. In this perspective, society is divided in different ethnic groups which can be characterized by a specific culture and a shared identity – treating ethnicity as primordial and using ethnic groups as the natural units of analysis. Wimmer, by contrast, claims that ethnicity is rather to be seen in a boundary-making perspective, focusing on agency and analyzing ethnicity as the outcome of a process of constituting groups by defining the boundaries between them (Wimmer 2008:1027). In such an understanding, ethnic groups are not seen as self-evident, fixed units of analysis; the focus is rather on the group making or «boundary work» in our everyday practice, in the way cultural markers are set, established, challenged and reinterpreted.

Nowadays, research has largely abandoned the idea of ethnicity as primordial and has replaced this idea of a «monolithically constituted ethnic absolutism» (Anthias 2001: 622) with conceptions of ethnic hybridity. The term hybridity points at a mix of different cultural patterns. Rather than view cultural differences as something stable that ought to be preserved and cultivated in their distinctness (as is, for example, the case in multiculturalism), cultural hybridity is linked with the idea of cultural syncretism. Hybridity is also particularly linked with notions of so-called «new ethnicities» (Hall 1988) which are – as it is, for instance, the case with a German or Spanish Muslim – perceived to be more «transethnic» and more transnational in

character. It also suggests the idea that identity is neither exclusively confined to a particular ethnic group nor is it typical only for subaltern groups (Anthias 2001: 626). Pop culture (music, art, food), in particular, is rich with examples indicating how adolescents of a dominant ethnic majority (young Germans, etc.) are synthesizing their own culture with elements of, for instance, black music (soul or gangster rap).

It is, however, questionable whether the notion of hybridity does not overestimate the possibility of counter-hegemonial interventions of ethnic minorities. And, of course, different cultural and ethnic elements can be merged, but do they, therefore, necessarily transform existing practices of hegemony? At least, it is not very likely that established and institutionalized practices of ethnic dominance and cultural hegemony will vanish, simply because cultural meanings and national symbols are perceived as open for reinterpretation. Furthermore, the concept of hybridity unintentionally reproduces the theoretical fallacies of the «Herderian ontology» (Wimmer 2009: 254), since the analysis of mixed cultural patterns relies on the idea that there are ethnically discrete cultural practices which can be clearly distinguished and are, then, mixed.

In the following we will, in line with Wimmer, argue that ‘ethnicity’ is one particular boundary-making element among others which is referred to as a resource in the struggle over national identity and belonging. This perspective allows us to focus on the way nationals and foreigners are ‘made.’

Having clarified the concept of ethnicity, what are the possible theoretical pitfalls associated with conceptions of the nation-state? And how are the two terms related? It is certainly not by accident that the term ethnicity is closely linked with conceptions of the nation-state. This is particularly due to the fact that the modern nation-state is characterized by an element of «ethno-national dominance» (Wimmer 2004: 42). Smith (1998), for instance, argues that it is not an accident that modern societies have developed within the nation-states. Rather, he claims that modernity as such relies on ethnic and nationalist principles. With the emergence of nation-states and the expansion of the principles of democracy, citizenship and popular sovereignty great parts of the population – excluded in pre-modern times (e.g., the poor, women, etc.) – were gradually included in society and became true members and legitimate sovereigns of the nation. At the same time, however, new forms of exclusion based on ethnic and national criteria were established (Wimmer 2004: 42). Only those who are seen as true members of the state

are granted the privileges of equal treatment before the law and full rights of political participation; only nationals have full security of residence, etc. Although membership in the nation is inclusive and potentially open, there are true members of the nation, and there are foreigners, guest workers or refugees who do not belong to the nation. This exclusive understanding of belonging indicates the «ethno-national closure» of the modern nation-state and reveals «the shadows of modernity» (Wimmer 2002). For Wimmer, it is exactly the egalitarianism inherent in nationalist thought that is also supported by the idea of democracy. The ideological interrelatedness of nationalist and democratic principles formed our understanding of the European nation-states (ibid: 52). These states are then perceived as distinct entities of politics which confine a particular, ethnic population with an assumed homogeneous (ethno-national) culture and (national) identity. This understanding has recently been labeled and criticized as «methodological nationalism». It relies on some misconceptions.

First of all, the still widespread idea of ethnically homogeneous societies is certainly contrafactual. Due to massive migration flows after World War II, the modern European nation-states of today are clearly ethnically and culturally heterogeneous. Furthermore, in surely each and every nation-state there are, for example, specific regional cultures sustained by groups of autochthones/nationals which also might be defined as ethnic, since their members have a unique dialect and history, identify themselves with the region and share the same beliefs, habits, food preferences, folklore, customs and so on. This can even amount to secessionist struggles as is the case of the Spanish Basque country. In many nation-states there is, of course, a dominant ethnic majority, but this does not mean that the population of a nation-state is ethnically or culturally homogeneous. In fact, it is the project of nation-building of the 19<sup>th</sup> century itself which – driven by economic globalization – has finally «invented» and enforced the idea of national homogeneity (Glick Schiller 2007). By, for instance, insisting on a single national language or by setting up national institutions such as schools or the military, the originally heterogeneous population once became unified to one nation (ibid.: 45). Rather, nation-states are discursively constructed as ethnically and culturally homogeneous entities by nature; whether nation-states are in fact homogeneous is certainly a different question – and it is less a categorical question of «either-or». Nation-states are only to some degree more or less ethnically homogeneous.

Second, it is important to distinguish the terms ‘nation’ and ‘state’ analytically. Nations are not coextensive with states (Moore 2004: 680). There are, for instance, states that consist of more than one nation (e.g., Canada), and there are nations with more than one state (e.g., North and South Korea), while, again, other nations, such as the Palestinian nation, have no state at all (ibid).

Finally, the equation between the notion of society and the modern nation-state has also been criticized as an instance of methodological nationalism (e.g., Wimmer and Glick Schiller 2002, 2003, Chernilo 2006).<sup>6</sup> It has been argued that to conceive the nation-state as the natural unit of modern society and as *the* organizing principle of modernity is a too-essentialist and reified understanding. It assumes a «container theory of society» (Glick Schiller 2007), an epistemological understanding that approaches «the study of social and historical processes as if they were contained within the borders of individual nation-states» (ibid.: 43). From such a perspective, national culture/identity is seen as homogeneous and the distinction of natives and foreigners is perceived as a naturally ethnic one.

### 3 NATIONALITY AND CITIZENSHIP AS DIFFERENT MODES OF MEMBERSHIP

Who belongs to a nation-state and who does not belong? There are two mechanisms of inclusion and exclusion of states: nationality and citizenship. Both mechanisms were originally implemented with the emergence of the modern nation-state. In the course of this development, the status of nationality and citizenship has been differentiated and further refined. Whereas, today, the mainly legal concept of nationality points at a largely homogeneous and universal status within the nation-state, citizenship rights are – just think of refugees or guest workers – still not equal for all people living on the territory of the nation-state (Bös 2001: 17).

Nationality has, first and foremost, an external function, that is, to guard the territorial borders of nationally constituted societies and to insure that the world population is separated largely congruently with the segmentary differentiation of the political world system (ibid.:18). Rights associated with nationality are, for instance, full security of residence, the right of diplomatic protection and rights of political participation.

---

<sup>6</sup> The term «methodological nationalism» was originally coined by the British sociologist Herminio Martins.

In contrast to this, the rather political concept of citizenship refers to different status configurations of individuals within society. It is, thus, a modern, democratic form of membership. In other words: Nationality can be understood as membership in a (nation) state; citizenship, however, can be understood as membership in a society. Though both terms are frequently used interchangeably in everyday language, it is necessary to differentiate between the two. Take the following example: Only if really all people living on the territory of the nation-state are nationals of the state and have the very same rights and duties of participation, there is in fact no difference between nationality and citizenship and the nation-state and society, respectively (ibid.: 6). This overlap of state and society had, however, merely been the case for a comparatively brief period in the 20th century.

What we witness nowadays is an increasing de-linking of nationality and citizenship, due to the massive migration flows in the postwar era. With the erosion of the state/society differentiation, citizenship no longer automatically means inclusion in society. In the citizenship literature, two distinct and seemingly contradictory trends can be figured out. Recent theories of citizenship are based either on a subnational level or on a rather supranational level.

### *3.1 Conceptions of citizenship on a subnational level*

Facing a growing ethnic heterogeneity of the modern nation-state, a close connection of identity and nationality can no longer be taken for granted. Therefore, some authors like, for instance, Taylor (1992) criticize the universalism inherent in the modern conception of citizenship and would like to abandon the classical liberal notion of national citizenship in favor of a more particularistic understanding. For him, the universalism of modern citizenship – that is, the neutral application of rights – does not deal with all aspects of the various social groups and is, thus, inherently unjust. More precisely, Taylor argues in his influential essay, «The Politics of Recognition» (1992) that the universalistic understanding of liberalism is blind to difference and, therefore, (unintentionally) discriminates against others. Since the notion of liberal citizenship systematically downplays the particularities of ethnic or other social minority groups, he argues for extra minority protection (e.g., positive discrimination), in order to preserve the cultural identity and authenticity of minority groups.

Quite similarly, Isin and Turner (2002) claim that the universalistic orientation of modern citizenship is not yet truly realized. Besides, citizen-



ship is, in their view, implemented quite differently. Nation-states have, for instance, quite different naturalization laws; to some extent, citizenship is in different nation-states associated with different rights and duties, etc. They conclude, consequently, that the promise of inclusion associated with citizenship is only partially realized, while citizenship is – at the same time – used to exclude certain groups from a «real» membership.

In the same vein, Lister (2002), for example, has coined the notion of «sexual citizenship» in order to criticize the fact that gay people are still not endowed with equal rights. Moreover, in the discussion about an «ecological citizenship» (van Steenberghe 1994) it is discussed whether or not animals or even plants ought to be endowed with a legally codified status of membership.

Taking all this into account, it is, following Isin and Turner (2002), less necessary to view citizenship as a general legal status, but to articulate the particularistic self-interests of subordinate groups in the political struggle of recognition. In such a perspective, the demands on the recognition of particularistic group-interests and specific identities are due to the liberal deficit of universalism. The demands on particularization are deduced from the liberal idea of a universal membership status and vice versa; both are dialectically intertwined.

### 3.2 *Conceptions of citizenship on a supranational level*

According to Soysal (1997, 2000), the congruence between territorial state and national community is eroding. Due to this process, national belonging as the legitimate basis of membership in modern nation-states is replaced in the post-war era by new emerging forms of membership, such as postnational citizenship (Soysal 1997: 21). Following Soysal, four main developments point at a deterritorialized understanding of belonging (ibid.: 18f): First, world-wide migration leads to an ongoing internationalization of labor markets. Second, the increasing relevance of the discourse of human rights is the legitimate basis for more expansive claims of minority groups (immigrants, gays and lesbians), but – in a last consequence – also for plants and animals. Third, multi-level politics emerge. (The European Union is only one striking example among others). With the mounting relevance of such transnational actors, the sovereignty of the nation state is diminished. Lastly, decolonization after 1945 led to the emergence of newly independent states, but it also led to the acceptance of collective identities and of the right of one's own culture.



All these processes have an influence on the institution of citizenship and change its normative and institutional basis. Following Soysal, the boundaries of membership become, first of all, less and less territorial and more fluid. Even if one does not belong to the nation-state, it is possible to forward claims independent of the national borders. It is possible for ethnic minorities to make particularistic claims by referring to the universalism of the human rights discourse. The «nature and locus of struggles» (Soysal 2000: 7) for citizenship rights and social equality has changed. Collective claim-making does not merely refer to the particularities of an ethnic group and is no longer confined to the nation-state. One example of such an identitarian claim-making is the case of a French head of a mosque in Paris who has argued against the rule which prevents wearing a scarf in French schools. He did so not by referring to religious arguments or traditions, but rather he asserted instead that this rule is opposed to the very natural rights of a person's self-determination. Soysal quotes the head of the mosque with the following words (Soysal 2000: 8): «If a girl asks to have her hair covered, I believe it is her most basic right».

Furthermore, membership becomes multiplied. As a consequence, some migrants, e.g., legal permanent residents, are more privileged than others. Summing up, there are at least the following legal membership configurations: legal permanent residents, refugees, dual citizens, nationals (autochthones), nationals by descent, nationals by residence or nationals by the territorial principle, and, finally, undocumented foreigners with no legal status at all.

Finally, the basis of the legitimization of membership is changing. Membership criteria are less justified by criteria of nationality and national laws, but are rather legitimized with reference to the universality of human rights.

Taking all this together, it is, thus, not surprising that Soysal concludes that a new postnational form of membership is emerging. The declining relevance of national citizenship is, however paradoxically, countered by attempts to reassure «national identity».

#### 4 RECENT TRANSFORMATIONS OF CITIZENSHIP: THE NEO-LIBERAL POLICIES OF BELONGING

What we face today are reconfiguration processes of citizenship that take place at different levels. A reconfiguration takes place at the macro-level between states, the relation between the state and its nationals is reconfigured at

an intermediate level, and the relation between members and non-members of a state is reconfigured at the micro-level. In order to address the question of citizenship and belonging more adequately, it is necessary to take the interconnectedness of these different levels of reconfiguration into account. But what is the driving force of these transformations at such different levels?

Scholars working in «governmentality studies» argue that the relationship between state and market is changing due to the neo-liberal critique of the welfare state. Taking Foucault's concept of governmentality<sup>7</sup> as a starting point, these scholars view neo-liberalism not only as an economic or political ideology, but as a mode of governing populations. From this perspective, neo-liberalism governs individuals (as well as states) by the metaphor of the market (Schinkel and van Houdt 2010:699). Scholars working in «governmentality studies» identify the insistence on the individual responsibility of each and every person as a central feature of neo-liberal governmentality (Bröckling et al. 2000). By making the individual, the private sector and the community responsible for public tasks, responsibility becomes a mode or «technology» of governing.

#### 4.1 «Active/moral» and «passive/formal» conceptions of citizenship

The neo-liberal discourse emphasizes the need of «active citizenship» (Schinkel and van Houdt 2010:699). The idea of active citizenship goes back to ancient times, back to Aristotle for whom the morally good citizen is a citizen who actively participates in public and political affairs (Schinkel 2010: 268). This aspect of citizenship has been persistent throughout history. For the Romans, for example, citizenship is seen as a «*virtus*» (ibid). With the Declaration of Human Rights, the notion of active citizenship is further corroborated. For Jean-Jacques Rousseau, for example, citizenship is a virtue of the politically interested, actively participating «*citoyen*». Consequently, in Republican theories, loyalty to the nation and its preservation are seen as the duties of a good citizen.

---

<sup>7</sup> Taking Foucault's understanding of governmentality as a key concept, scholars working in governmentality studies argue that neoliberalism is to be seen as one special mode of «governing» populations. The term governmentality is a comparatively broad concept and comprises – among others – the following key features: institutions, context-specific disciplines (the discipline at the workplace, the school, etc). various taxonomies related to the question of what is «normal/pathological», «good/bad», «sane/insane», etc. and other power strategies and calculations which aim at the organization of the population.

In the tradition of the liberalism of, for instance, John Stuart Mill, by contrast, citizenship is rather seen as a passive status which refers to a codified set of rights and duties between individuals and the state (Mackert 2006: 68f). It is, thus, quite common to differentiate between active and passive definitions of citizenship (ibid). Apart from this, the terms «formal» and «moral citizenship» (Schinkel 2010) are also used. By the latter, Schinkel denotes the counterfactual and rather prescriptive or normative notion of a good citizen (Schinkel 2010: 268). Both aspects of citizenship are usually viewed as two different elements inherent to the idea of national membership.

According to Schinkel (2008, 2010), the key feature of the neo-liberal agenda is the idea of active or moral citizenship. Citizenship is conceived as individual participation and as responsibility for one's own life. The juridically codified rights associated with citizenship – that is, the passive or formal components of citizenship – surely do not disappear. But what is changing at the moment (and what has changed in history before) is the different weight given to one aspect of citizenship (active versus passive) over the other. The present interest in active/moral citizenship is strongly interrelated to a set of norms and values that are seen as seemingly typical of a nation's «mentality». Taking the Netherlands as a forerunner, Schinkel and van Houdt (2010) exemplify how the idea of active citizenship is endorsed by neo-liberalism and becomes an instrument of inclusion and exclusion.

#### *4.2 The culturalization of membership*

Schinkel traces a shift in focus from formal to moral citizenship in contemporary Dutch policy-making. With regard to the Netherlands, he proclaims that a distinction is to be made between active («real») citizens on the one hand and passive («unreal») citizens on the other hand who are seen as «citizens-manqués» (Schinkel 2010: 265). This moralization of citizenship is closely linked with the discourse on integration and the neo-liberal emphasis on individual responsibility. It is exactly this linkage that turns the juridically codified (formal) citizenship status into a mere «virtual» possession.

What is crucial, even more, is that integration is currently conceived as cultural integration. This culturalist turn is perhaps best expressed in the migration policies and the naturalization laws of most western European countries. With respect to the naturalization of adults one can even speak

of an «ethnization of nationality law» (Bös 2001: 20). The key issue of belonging to the nation-state is seen in the very special relation between an individual and the state. In the famous Noteboom-Case of 1975, the judges of the international court developed the idea that nationality cannot be assigned randomly, nor sold, since they assumed that membership is based on a «genuine link» which exists between the individual and «his» or «her» state (ibid). This genuine link is the fundamental normative basis for the criteria of naturalization. It is, for instance, assumed that such a link between individual and state can only be developed if the person to be naturalized stayed for a certain period of time in the respective country. In this understanding, socialization leads to membership. Therefore, cultural criteria (language, knowledge about a history, the political system and habits, etc). play such an influential role in naturalization. According to Max Weber's definition of ethnicity, these naturalization criteria can be seen as elements of an ethnic self-description (ibid.: 21). He writes:

We shall call 'ethnic groups' those human groups that entertain a subjective belief in their common descent because of similarities of physical type or of custom or both, or because of memories of colonization and migration; this belief must be important for the propagation of group formation; conversely, it does not matter whether or not an objective blood relationship exists. (Weber in Sollors 1996: 56)

An ethnic self-description does not necessarily rely on an «objective blood relationship»; important is a shared way of life («similarities of custom»). In this sense, we can, today, speak of an ethnization of naturalization laws.

In addition, cultural integration is increasingly seen as a moral duty. The immigrant «has to earn permanent residence and nationality by providing his or her acceptance of the fundamental norms» of society (Schinkel 2008: 22). This implies two things: With the «virtualization of citizenship» (Schinkel 2010: 266), new modes of inclusion and exclusion in the nation-state are established. First of all, citizenship – like nationality – is no longer exclusively ascribed by particularistic or ethnic features, but becomes achievable. At first sight, this can be seen as a result of an ongoing modernization of immigration policies. This is certainly the case. But, apart from this (and quite contrary to it), the moralization of citizenship also entails some rather worrisome implications.

#### 4.3 *The moralization of membership*

At the same time, paradoxically, the citizenship of those who are citizens in the formal sense but are perceived as insufficiently integrated is discursively downplayed. In the understanding of active/moral citizenship, they simply are (morally) no good citizens. Thus, becoming a citizen is increasingly seen in moral terms (Schinkel 2008, 2010; Schinkel and van Houdt 2010). Problematizing the assumed lack of integration with reference to the principle of individual responsibility makes those who are less integrated responsible for this. As a consequence, they are seen as unwilling to adapt themselves, while at the same time structural arguments (e.g., unemployment, financial needs, bad living conditions, etc.) or the state's responsibility are systematically neglected. Certainly, some groups suffer from this stigmatization more than others.

It is, thus, quite obvious that especially non-western immigrants – especially Muslims or migrants of Islamic countries – and migrants of the Third World are the focus of the debate in particular. What do these groups have in common? Put simply, it is often argued that they do not fit into the western way of living. They are accused of having internalized a religion that has not yet been in touch with the Enlightenment, of being entirely unacquainted with democracy and the legendary western 'Protestant work ethos' and of coming from less modernized/industrialized societies (Wimmer 1997: 22). In a nutshell, the alleged cultural gap is perceived as almost unbridgeable. We might call this the thesis of «cultural incompatibility» (e.g., Wimmer *ibid.*): Discursively constructed as being either unwilling (moralization of citizenship) or simply incapable to integrate (thesis of cultural incompatibility), these groups are perceived as a potential threat to the security and coherence of society.

Here, two different lines of argumentation are mixed. The insistence on cultural assimilation is supported by the neo-liberal emphasis on active citizenship on the one hand as well as by assumptions of cultural incompatibility on the other hand. In other words, an interactionist/optionalist conception of identity as achievable that is primarily proclaimed by neo-liberal policies and a primordialist understanding of identity as ascribed are unwittingly merged. It is striking that the latter culturalist differentialism is supported by both (politically left) multiculturalists as well as by conservatives and the new right. Having analyzed the strong differentialist turn in the discourse of immigration in France in the 1970s and early 1980s, Rogers Brubaker

(2001) has impressively shown that cultural differentialism is supported by the political left as well as by the political right – though, of course, due to different reasons: Whereas multiculturalists claim a right to be different (a *droit à la différence*), the new right stresses the importance of preserving collective identities from the danger of unwanted (physical and cultural) admixture (Brubaker *ibid.*: 536). The latter understanding also implies that it is exactly the immigrants' cultural foreignness that causes conflicts and that it would be better to remain among one's own kind.

The renewed focus on cultural integration has recently been called «repressive liberalism» (Dean in Schinkel and van Houdt 2010: 699). The core feature of repressive liberalism is – according to Joppke (2007: 14) – that liberal goals (e.g., liberty, democracy, respect for human rights) are mainly pursued with illiberal means such as, for instance, obligatory civic integration courses or tests for newcomers. He concludes that civic integration policy has changed into «a tool of migration control, helping states to restrict especially the entry of unskilled and non-adaptable family migrants» (*ibid.*: 5). Among others, Joppke (2007: 2) argues that in most of the states of the European Union, civic integration is «gaining strength under contemporary globalization».

#### 4.4 *The dialectical interplay of the universalization and particularization of membership*

To sum up, the following three transformations of citizenship can be delineated. First, citizenship becomes pluralized; secondly, nationality (naturalization laws) becomes more inclusive and universalized and, finally, 'real' citizenship becomes – at the same time – more particularized. Let us briefly elaborate on the first point.

As we have seen in section 3, the institutionalized modes of legitimate inclusion and exclusion typically related to the nation-state model are eroding (Sassen 2002; Soysal 2000). Citizenship is increasingly decoupled from belonging in the national collective (Soysal 2000). The membership status becomes pluralized and fuzzier: Besides unauthorized migrants with no citizenship rights at all, there are long-term non-citizen immigrants who hold at least some privileges without having the formal citizenship status. Others, again, hold a dual citizenship and thus belong to different political communities. Furthermore, nationals and immigrants as well may have a common, supranational European Union citizenship. Apart from this, in some regions

of Europe (e.g., Catalonia, Basque country) there are also modest forms of a subnational or regional citizenship. To complicate things even more, immigrants may not hold a formal citizenship status, but they can be seen as good citizens in the moralized understanding of active citizenship depicted above. Others, by contrast, may hold formal citizenship and are actually official members of the nation-state, but they may be morally excluded from a «real» belonging due to their supposed lack of personal commitment to society. Interestingly, this may be equally true for autochthones and migrants. This leads us to the next two points, namely the universalization of national membership criteria and the particularization of citizenship.

Historically seen, citizenship has led to an increasing de-differentiation within the population of nationals. Internal differences of religion, social or regional origin, etc. have been downplayed, since every national is seen as a legitimate member of the state. Nationality laws as external borderization processes, by contrast, frequently have had a comparatively exclusive character. This relation of an inclusive universalism of citizenship and an exclusive particularism of nationality has changed today.

As long as *national community* has been primarily defined in ethnic terms, the modes of inclusion and exclusion have been based on ascribed criteria. Ethnic origin alone was the prerequisite for citizenship rights. This «ethno-political closure» (Wimmer 2002: 70) is the basis for the understanding of the nation as an «imagined community» (Anderson 1988) of equals, a community of solidarity, of common origin, of a shared, unique history and a common destiny and, thus, as a community endowed with a specific national identity. In this sense, the state is – as Wimmer (1997: 29) puts it – seen as «owned by the people who have been united to a nation». Wimmer, consequently, conceives the nation state as a «successful compromise of interests between different social groups: an exchange of the guarantee of political loyalty for the premise of participation and security» (ibid).

Today, however, this social contract breaks up due to the neo-liberal re-structuring of the social balance of power and the emphasis given to the market. It is in this context that migrants are seen as «intruders» by downwardly mobile groups, because they prevent the state from its major task, that is, to «look after the well-being of its owners» (Wimmer 1997: 30). In such an understanding, xenophobia is not only to be seen as an attempt to reassure national identity in times of uncertain collective identities, but xenophobic, ethnocentric and racist attitudes are also to be seen as an ex-



pression of the political struggle about who owns the state and, hence, has the legitimate right to be cared for by the nation-state. This might explain the new trends of a culturalization and ethnization of membership.

Let us take Wimmer's idea of an implicit and constantly re-negotiated social contract between the state and its citizens as a starting point. To put it in a nutshell, due to the neo-liberal re-structuring of the welfare state, Wimmer's question – of who owns the nation-state – can no longer be answered by referring to the respective autochthones of the state. Though centered on the issue of belonging and national identity, not only ethnic groups are competing about who belongs to «us», the nation. The universalistic orientation of the market (together with the emphasis on personal responsibility and commitment to society) converts former strangers into members – *and vice versa*. The «dirty work of boundary maintenance» (Crowley 1999) relies no longer on ascribed (ethnic) criteria exclusively. Irrespective of one's ethnic origin or any other ascribed criteria, a new, qualitative differentiation of active (moral) versus passive (immoral) citizenship takes place. The (moral) citizenship status is no longer automatically granted or ascribed by birth but has to be earned by personal achievements.

However, this understanding of citizenship is demanding. It is, for instance, likely to assume that a person's economic achievements as well as his or her capability and willingness to contribute to social life is dominated by one's own social origin and – speaking with Bourdieu (1986) – one's own economic and cultural capital. Thus, the economically and socially disadvantaged groups are – at least potentially – excluded from real membership – independent of their ethnic origin. That is, boundary-making relies increasingly on the universalistic criteria of the market.

As we see, the formal membership criteria become more fluid. Especially, naturalization policies become more inclusive and universalistic, since they no longer rely on an understanding of ethnicity that is exclusively ascribed. At the same time, however, paradoxically, 'true' citizenship is based on a culturalized and ethnicized and, thus, particularistic understanding. Though the citizenship status is no longer something that is inherited, it is still something that is expecting much, for it has to be, first and foremost, learned and earned to be a full member of society. Only those newcomers can be regarded as fellow members of society who can prove that they have been socialized by society and have really internalized the values and habits of the society. Thus seen, the mounting inclusiveness of the naturalization



laws does not imply that national migration policies are liberalized. Whereas modes of formal belonging become more universalistic and inclusive, the more subtle «politics of belonging»<sup>8</sup> become more rigid, making it in some cases even an instance of repressive liberalism. Nationality and citizenship are increasingly decoupled; membership in the nation-state is not congruent with the membership in a (nationally constituted) society. If these trends of a re-ethnization and culturalization of citizenship hold on, citizenship loses its originally egalitarian power.

Robert Robertson (1992: 130) has coined the idiomatic formula of the «universalization of the particular» and the «particularization of the universal» to characterize the contradicting effects of globalization. For him, the renewed relevance of groupism and the local as well as the increasing insistence on particularistic identities is a result of the universalizing effects of (economic) globalization. As we have seen, contemporary modes of national belonging are also linked with these dialectics of particularization and universalization: The growing universalistic inclusiveness of nationality is countered by the particularism of citizenship.

This is crucial even more, since – at a first glance – the boundaries differentiating between the ‘we’ and the ‘they’ established by notions of active citizenship are far more difficult to be recognized as boundaries at all as one might expect. First of all, they rely on ‘soft’ criteria which can hardly be empirically tested. What is the so-called acid test for being an active citizen? Is, for instance, neighborly help sufficient? Or is it, at least, necessary to be involved in a public campaign to be perceived as a full fellow citizen?<sup>9</sup> Or is it rather simply enough to be economically well-off? Here, it becomes quite evident that membership in society is primarily discursively constructed and is non-codified (Schinkel 2010: 267).

Neo-liberal projects of belonging are almost always based on the identificatory and emotional level (Yuval-Davis 2006: 211). In Germany, for

---

<sup>8</sup> The term «politics of belonging» has been used by Yuval-Davis (2006: 197) to depict special political projects aimed at constructing belonging to collectivities in particular ways.

<sup>9</sup> Another variant to test whether or not a person can be trusted to be a fellow citizen is the «cricket test», which has been proposed by Norman Tebbit, a Conservative minister of the Thatcher administration. Tebbit proclaimed that whenever people with a migration background watch a cricket match between Britain and a team of their homeland and support the latter, they are not yet to be seen as true British citizens (Yuval-Davis 2006: 210). Again, as this example shows, emotional commitment and identification are seen as the basis of belonging.

instance, naturalization is facilitated if a person has been involved as a voluntary worker (§ 10 III 2 Staatsangehörigkeitsgesetz). It is, first of all, a person's personal commitment that is decisive for true citizenship. But, as soft and discursively constructed as these criteria are, one still does not have the entitled right to be a full member.

Paradoxically, newcomers, that is to say non-members of society, are at first required to participate in society for the very benefit of it, in order to then gain full membership status. This concept is somehow odd. Should it not be the other way around? As a matter of fact, it is only possible to participate in and to identify with society if one perceives oneself as a full member of it. As seen, membership is the prerequisite for identification.

## 5 HOW TO ANALYZE NATIONAL IDENTITY

Taking these different membership configurations into account, let us now consider the role of national identity in this context in more detail. No doubt, there is no such thing as 'the' national identity as such. As Triandafyllidou (1998) argues, national identity only becomes meaningful with respect to «significant others». Therefore, instead of perceiving national identity as a substantial thing or a comparatively homogeneous (collective) mentality, we have rather focused on the more or less discursive struggles to define who is a legitimate member of the state – and of society.

Following Triandafyllidou, national identity can be conceived as a «double-edged relationship» (ibid.: 599). The question of national identity is both inclusive and exclusive, and it revolves around defining 'the other.' Viewed from this perspective, national identity is influenced and even dependent on significant others. Or, to put it in more social-psychological words, a nation's identity can only be detected with reference to some outgroup against which the nation's peculiarity is assured. These outgroups or significant others can be other nations or ethnic minority groups within the nation-state which are, in turn, discursively constructed in such a way that they seem to threaten the nation's unity and, thus, the distinctiveness of a nation's identity. In fact, as Triandafyllidou claims, the final characteristic that makes some outgroup a significant other is that it is conceived as threatening the way the nation as it is (ibid.: 600).

Ethnic minorities, for example, may become internal significant others for the dominant majority, the nation, simply because they may preserve their right to be culturally different with respect to their own language,

religion or habits. Thus, they may challenge the homogeneity and purity of the nation. But, however, as our analysis of the different membership configurations has shown, the answer to the question of who is perceived as a significant outgroup has – to some extent – changed. Starting from the assumption that a significant other is discursively constructed and, furthermore, that s/he is perceived to threaten the cultural unity, homogeneity and integrity of the nation of «active citizens» from within, one has to take into account that ‘the other’ may not necessarily be an ethnic foreigner, but may also come from ‘within,’ that is, that s/he is a natural born fellow.

Certainly, those members of the nation who are members of the nation qua *ius sanguinis* or birth can afford themselves to be less assimilated to conceptions of national identity, the dominant cultural and normative standards, and to be less emotionally attached to the nation in order to be perceived as a full supporting member. Affirming, for instance, a popular (German) punk slogan such as «Germany die!» does not change an autochthon’s entitlement of belonging. But as the example of obligatory civic integration courses or tests for Muslim newcomers show, a person’s identification and emotional attachment are preconditions of belonging. Identification with the state is a *sine qua non* only for those who are not already a member by descent.

However, the moralization associated with active citizenship – as problematic as it may be – may also provide the potential to even change existing ethnic boundaries. Taking the boundary-making approach proposed by Wimmer as a starting point, ethnicity is not seen as a matter of pre-defined and fixed groups, but is rather to be seen as «a process of constituting and re-configuring groups by defining the boundaries between them» (Wimmer 2008: 1027). The distinction – which is quite typical of methodological nationalism – between immigrants and nationals is blurred inasmuch as the membership criteria are based on the idea of a moralized active citizenship. This ‘making’ of ethnic boundaries is closely linked with the ‘making’ of national identity. Suddenly, a natural-born citizen may become an internal significant other who threatens the integrity and the dominant understanding of the nation as a community of those who stick to the principles of personal achievement, self-responsibility, flexibility, mobility and economic well-being. In fact, as recent data have shown for Germany, hatred against those who are unemployed and on social service for a longer period of time

is constantly growing (Heitmeyer 2011). At least to some extent, they are no longer seen as legitimate, full members of society.

It would be a misconception to view the ethnic closure of nation-states as something given. Rather, as Wimmer (2004: 55) impressively shows, there have been historic phases of a closure along ethnic lines in the modes of relating ethnicity and statehood which have, in turn, been accompanied by phases of a reopening. In the current phase, the national closure seems to rely on issues of social and mainly cultural rather than ethnic inequalities.

In this paper we have argued that national identity is not to be seen as a substantial collective mentality, but is discursively constructed. Since national identity is centered on the question of inclusion and exclusion, we have proposed analyzing national identity by focusing on recent transformations of membership. As we have seen, contemporary modes of (national) belonging are inextricably linked with the dialectics of particularization (moralization, culturalization of citizenship) and universalization (marketization, liberalization of naturalization laws). Since national identity is per se an «empty signifier» (Laclau 1996), the question of national identity is almost always the subject of ongoing controversies. The double-edged nature of national identity – to define the criteria of inclusion and exclusion – turns the question of national identity into a battlefield of social groups, fighting for (cultural) dominance. It is likely that these struggles over hegemony will even intensify to the extent to which the neo-liberal agenda will succeed in enforcing its criteria of the market. This might be an explanation for why the question of national identity is so prominently discussed today.

## 6 REFERENCES

- ANDERSON, Benedict. 1983. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, New York: Verso.
- ANTHIAS, Floya. 2001. New hybridities, old concepts: the limits of 'culture', *Ethnic and Racial Studies* (24)4: 619-641.
- BENHABIB, Seyla. 1996. The Democratic Movement and the Problem of Difference, in Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton: Princeton University Press: 3-18.
- BÖS, Mathias. 2001. *The Legal Construction of Membership: Nationality Law in Germany and the United States*. Working Paper, Harvard University.
- BOURDIEU, Pierre. 1986. *Rede und Antwort*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp: 135-154.

- BRÖCKLING, Ulrich, Krasmann, Susanne and Thomas Lemke. 2000. *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- BRUBAKER, Rogers. 1992. *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge: Harvard University Press.
- 2001. The return of assimilation? Changing perspectives on immigration and its sequels in France, Germany and the United States, *Ethnic and Racial Studies*, 24(4): 531-548.
- and Frederick COOPER. 2000. Beyond «identity», *Theory and Society* 29: 1-47.
- CHERNILO, Daniel. 2006. Social Theory's Methodological Nationalism. Myth and Reality, *European Journal of Social Theory* (9)1: 5-22.
- CROWLEY, John. 1999. The politics of belonging: some theoretical considerations, in Andrew Geddes and Adrian Favell (eds.), *The politics of belonging: Migrants and Minorities in Contemporary Europe*, Aldershot: Ashgate: 15-41.
- DEAN, Mitchell. 1999. *Governmentality*. London: Sage.
- ERIKSON, Erik H. 1959. *Identity and the Life Cycle*. New York: International Universities Press.
- GLEASON, Phillip. 1983. Identifying Identity: A Semantic History, *The Journal of American History* 69(4): 910-931.
- GLICK SCHILLER, Nina. 2007. Beyond the Nation-State and its Units of Analysis: Towards a New Research Agenda for Migration Studies, in Karin Schittenhelm (ed.), *Concepts and Methods in Migration Research. Conference Reader*. Available at: [www.cultural-capital.net](http://www.cultural-capital.net) [15.01.12]
- HALL, Stuart. 1988. New ethnicities, in Kobena Mercer (ed.), *Black film/British cinema*, London: Institute of Contemporary arts Document 7.
- HEITMEYER, Wilhelm. 2011. *Deutsche Zustände. Folge 10*. Berlin: Suhrkamp.
- ISIN, Egin F. and Bryan S. Turner. 2002. Citizenship Studies: An Introduction, in Engin F. Isin and Bryan S. Turner (eds.), *Handbook of Citizenship Studies*, London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications: 1-10.
- JOPPKE, Christian. 2007. Beyond National Models: Civic Integration Policies for Immigrants in Western Europe, *West European Politics* 30(1): 1-22.
- LACLAU, Ernesto. 1996. *Emancipation(s)*, London: Verso.
- LISTER, Ruth. 2002. Sexual Citizenship, in Engin F. Isin and Bryan S. Turner (eds.), *Handbook of Citizenship Studies*, London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications: 317-332.

- MACKERT, Jürgen. 2006. *Staatsbürgerschaft: Eine Einführung*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- MOORE, Margaret. 2004. Nationalism, in Adam Kuper and Jessica Kuper (eds.), *The Social Science Encyclopedia*, London/New York: Routledge: 679-683.
- PETERS, Bernhard. 2002. A new look at 'National Identity'. How should we think about 'collective' or 'national identities'? Are there two types of national identities? Does Germany have an ethnic identity, and is it different?, *Archives Européennes de Sociologie*, 43(1): 3-32.
- ROBERTSON, Robert. 1992. *Globalization*. London: Sage.
- SASSEN, Saskia. 2002. The Repositioning of Citizenship: Emergent Subjects and Spaces for Politics, *Berkley Journal of Sociology*, 46: 4-25.
- SCHINKEL, Willem. 2008. The Moralization of Citizenship in Dutch Integration Discourse, *Amsterdam Law Forum* 1(1): 15-26.
- 2010. The Virtualization of Citizenship, *Critical Sociology* 36(2): 265-283.
- and Friso van HOUTT 2010. The double helix of cultural assimilationism and neo-liberalism: citizenship in contemporary governmentality, *The British Journal of Sociology* 61(4): 696-715.
- SMITH, Anthony. 1998. *Nationalism and Modernism: A Critical Survey of Recent Theories of Nations and Nationalism*, London: Routledge.
- SOLLORS, Werner. 1996. *Theories of ethnicity: a classical reader*. New York: New York University Press.
- SOYSAL, Yasemin, N. 1997. Changing Citizenship in Europe. Remarks on post-national membership and the national state, in David Cesavani and Mary Fulbrook (eds). *Citizenship, nationality and migration in Europe*, London/ New York: Routledge: 17-29.
- 2000. Citizenship and identity: living in diasporas in post-war Europe?, *Ethnic and Racial Studies*, 23(1): 1-15.
- STEENBERGEN, Bart van. 1994. Towards a Global Ecological Citizen, in Bart van Steenbergen (ed.), *The Condition of Citizenship*, London/Thousand Oaks/ New Delhi: Sage: 141-152.
- TAYLOR, Charles. 1992. *Multiculturalism and the politics of recognition: an essay*. Princeton: Princeton University Press.
- TRIANDAFYLIDOU, Anna. 1998. National identity and the 'other', *Ethnic and Racial Studies*, (21)4: 593-612.
- WIMMER, Andreas. 1997. Explaining xenophobia and racism: a critical review of current research approaches, *Ethnic and Racial Studies* 20(1): 17-41

- 2002. *Nationalist Exclusion and Ethnic Conflict: Shadows of Modernity*, New York: Cambridge University Press.
- 2004. Dominant Ethnicity and dominant nationhood, in Eric P. Kaufmann (ed.), *Rethinking Ethnicity. Majority groups and dominant minorities*, London/New York: Routledge: 40-58.
- 2008. Elementary strategies of ethnic boundary making, *Ethnic and Racial Studies* (31)6: 1025-1055.
- 2009. Herder's Heritage and the Boundary-Making Approach: Studying Ethnicity in Immigrant Societies, *Sociological Theory* 27(3): 244-270.
- and Nina Glick Schiller. 2002. Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences, *Global Networks* (2)4: 301-334.
- and Nina Glick Schiller. 2003. Methodological Nationalism, the Social Sciences, and the Study of Migration: An Essay in Historical Epistemology, *International Migration Review* 37(3): 576-610.
- YUVAL-DAVIS, Nira. 2006. Belonging and the politics of belonging, *Patterns of Prejudice* 40(3): 197-214.





# CITIZENSHIP DENATIONALIZED

Linda Bosniak<sup>1</sup>

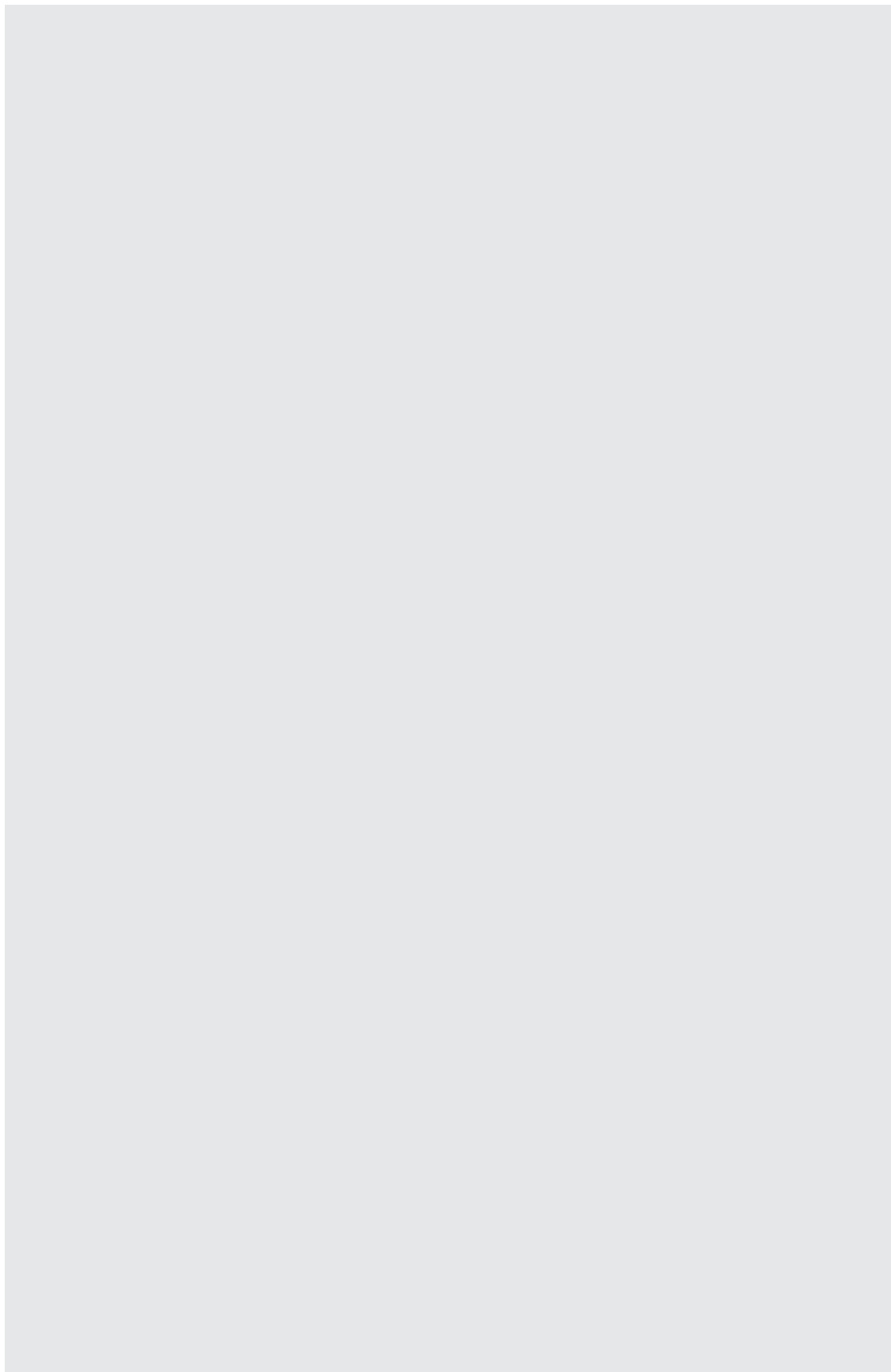
## SUMARIO

### Introduction

- I. Denationalization in fact
  - A. Citizenship as Legal Status
  - B. Citizenship as Rights
  - C. Citizenship as Political Activity
  - D. Citizenship as Identity/Solidarity
  - E. Locating Citizenship
- II. Denationalization as aspiration
  - A. Postnational Assessments
  - B. The National Argument
  - C. Pluralizing Citizenship

---

<sup>1</sup> Professor of Law, Rutgers Law School–Camden; B.A., Wesleyan University; M.A., University of California, Berkeley; J.D., Stanford University. I have benefitted from helpful comments by many people on earlier versions of this article. Thanks to Alex Aleinikoff, Bonnie Honig, Jeff Rubin, Saskia Sassen, Peter Schuck, David Scobey, Peter Spiro, Leti Volpe and Ari Zolberg, and to participants in workshops and colloquia at the American Bar Foundation, the Center For the Critical Analysis of Contemporary Culture, the Cardozo Law School, the New School For Social Research, and Rutgers Law School. Thanks also to participants in the 1999 Carnegie Foundation For International Peace Conference, «Citizenship: Comparison and Perspectives», and to members of the New York Immigration Law Professor's Reading Group. Sonia Kim and Swati Kothari provided excellent research assistance. I am grateful to the Center For the Critical Analysis of Contemporary Culture (CCACC) at Rutgers University for support during a stimulating fellowship year.



## INTRODUCTION

When Martha Nussbaum declared herself a «citizen of the world» in a recent essay, the response by two dozen prominent intellectuals was overwhelmingly critical.<sup>2</sup> Nussbaum's respondents had a variety of complaints, but central among them was the charge that the very notion of world citizenship is incoherent. For citizenship requires a formal governing polity, her critics asserted, and clearly no such institution exists at the world level. Short of the establishment of interplanetary relations, a world government is unlikely to take form anytime soon. A good thing too, they added, since such a regime would surely be a tyrannical nightmare.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> See Martha Nussbaum, *Patriotism and Cosmopolitanism*, *BOSTON REV.*, Oct.-Nov. 1994, reprinted in *FOR LOVE OF COUNTRY: DEBATING THE LIMITS OF PATRIOTISM* (Joshua Cohen ed., 1996) (containing Nussbaum's essay and eleven of the original replies) [hereinafter *FOR LOVE OF COUNTRY*].

<sup>3</sup> See, e.g., Amy Gutmann, *Democratic Citizenship*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 66, 68 («We can truly be citizens of the world only if there is a world polity. Given what we now know, a world polity could only exist in tyrannical form»); Michael Walzer, *Spheres of Affection*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 125 («I am not a citizen of the world, as she [Nussbaum] would like me to be. I am not even aware that there is a world such that one could be a citizen of it. No one has ever offered me citizenship, or described the naturalization process, or enlisted me in the world's institutional structures, or given me an account of its decision procedures (I hope they are democratic), or provided me with a list of the benefits and obligations of citizenship, or shown me the world's calendar and the common celebrations and commemorations of its citizens»); Gertrude Himmelfarb, *The Illusions of Cosmopolitanism*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 72, 74 (Nussbaum «speaks of 'the world citizen' and 'world citizenship,' terms that have little meaning except in the context of a state»); but see Amartya Sen, *Humanity and Citizenship*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 116 (stating «[c]an one be a citizen of the world without there

In declaring herself a «citizen of the world», of course, Nussbaum never meant to claim that she held formal legal status in a world polity, or even wished to do so. The phrase «world citizen» has a long and venerable history, some of which Nussbaum recounted in her essay; the phrase is a shorthand for a cosmopolitan outlook that expresses loyalty and moral commitment to humanity at large, rather than any particular community of persons. Claiming oneself as a «citizen of the world» signals the embrace of some form of moral universalism.

It was, in fact, the feasibility and desirability of such a universalism that was at the heart of the debate between Nussbaum and her interlocutors. Yet the debate over Nussbaum's essay was not confined to cosmopolitanism proper. The exchange was marked, as well, by a concern with the nature of citizenship itself. In their remarks, several commentators addressed the meaning and scope of citizenship, and in their view, Nussbaum had made a fundamental category mistake: she had lost sight of citizenship's inherently national character. As Gertrude Himmelfarb wrote, the term citizenship has «little meaning except in the context of a state».<sup>4</sup>

The assertion that citizenship is necessarily a national enterprise finds much support in conventional understandings, both popular and scholarly.<sup>5</sup> The view was perhaps most famously articulated in this century by Hannah Arendt, who wrote that a citizen «is *by definition* a citizen among citizens of a country among countries. His rights and duties must be defined and limited, not only by those of his fellow citizens, but also by the boundaries of a territory...».<sup>6</sup> Like Nussbaum's respondents, Arendt made this statement as part of a broader repudiation of a cosmopolitan ethics. But in the process,

---

being a world state? There is a legal form of language that excludes this possibility. And yet so many 'mixed' concepts —human rights, libertarian entitlements, just deserts— seem to communicate well enough without being fully tied to the legal sense).

For the classic denunciation of the notion of world citizenship, see HANNAH ARENDT, *MEN IN DARK TIMES* 81-94 (1968). Arendt writes: «A world citizen, living under the tyranny of a world empire, and speaking and thinking in a kind of glorified Esperanto, would be no less a monster than a hermaphrodite». *Id.* at 89.

<sup>4</sup> Himmelfarb, *supra* note 2, at 74.

<sup>5</sup> Of course, citizenship has not always been regarded as a project of the modern nation-state; in fact, the concept has its origins in the classical Greek city-state. For a history of the concept of citizenship, see DEREK HEATER, *CITIZENSHIP: THE CIVIC IDEAL IN WORLD HISTORY, POLITICS AND EDUCATION* (1990). See also Michael Walzer, *Citizenship*, in *POLITICAL INNOVATION AND CONCEPTUAL CHANGE* 211, 211-19 (Terrence Ball et al. eds., 1989).

<sup>6</sup> ARENDT, *supra* note 2, at 81 (emphasis added).

she made an affirmative claim about the nature of citizenship: citizenship, she declared, is an inherently national project.

But is citizenship, in fact, inextricably bound up with the nation-state? Certainly, thinking of citizenship in national terms is part of our political common sense. And if citizenship denotes «membership in a political community», as many commentators assume that it does, there can be little question that the nation-state is the predominant community of political membership in the contemporary world. Arendt's assertion cuts deeper than this, however, for she insists not only as a descriptive matter that citizenship is national in form, but that any conception of citizenship that is not framed by national boundaries is both nonsensical and a terrible mistake.

The question of where citizenship can be said to «take place», and in particular, whether it can, and should, be said to exist beyond the boundaries of the national state, is beginning to surface in the recently revitalized debate over citizenship in political and social theory. In the past few years, a handful of scholars and activists have announced the growing inadequacy of exclusively nation-centered conceptions of citizenship. Citizenship is becoming increasingly denationalized, they have argued, and new forms of citizenship that exceed the nation are developing to replace the old. They have coined phrases for these alternatives: «global citizenship», «transnational citizenship», «postnational citizenship».<sup>7</sup>

These concepts contrast with the liberal cosmopolitan notion of «world citizenship» in that they are not necessarily intended to express universalist ideals. Proponents mean a variety of different things with these formulations but they are usually meant as descriptive terms, intended to capture various cross-border identities, relationships, and allegiances that have been developing during the current period of intensive globalization. They are sometimes deployed as normative concepts as well, intended to elicit visions of possible new forms of community and popular empowerment for the future.

---

<sup>7</sup> Most scholars and activists do not use the term «denationalization» itself, but speak instead of the globalization, transnationalization, and postnationalization of citizenship. In this article, I use «denationalization» as a generic, shorthand term for these various other formulations. Note, however, that one scholar has specifically sought to theorize the idea of denationalization, and in so doing distinguishes it from globalization and transnationalization. See SASKIA SASSEN, *LOSING CONTROL? SOVEREIGNTY IN AN AGE OF GLOBALIZATION* 33 (1996) (arguing that «economic globalization has contributed to a denationalizing of national territory»).

Following Arendt and some of Nussbaum's critics, ought we to conclude that these nascent efforts to conceive of citizenship beyond the nation-state are both incoherent and undesirable? I will contend in this article that they are neither in principle—though some formulations are more convincing than others. Rather, it seems to me both sensible and worthwhile in at least some circumstances to talk about citizenship in ways that locate it beyond the boundaries of the nation-state. Doing so does not necessarily mean embracing Nussbaum's universalist stance; neither does it require a complete repudiation of national conceptions of citizenship. It means, rather, an acknowledgment of the increasingly transterritorial quality of political and social life, and the need for such politics where they do not yet exist. It also means a commitment to a vision of citizenship that is multiple and overlapping. Of course, determining whether conceptions of citizenship that locate it beyond the nation-state are coherent and/or worthwhile will depend a great deal on our understandings of citizenship itself. As it happens, the meaning of citizenship has been, and remains, highly contested among scholars. The term has an extraordinarily broad range of uses; it is invoked to characterize modes of participation and governance, rights and duties, identities and commitments, and statuses.<sup>8</sup> As Judith Shklar has written, «[t] here is no notion more central in politics than citizenship, [yet] none more variable in history, or contested in theory».<sup>9</sup>

Significantly, however, citizenship's appraisive meaning is hardly controversial at all.<sup>10</sup> Virtually everyone in the debates treats citizenship as em-

---

<sup>8</sup> To the extent the term is meant to cover such a broad array of social phenomena, it has arguably become less useful analytically. As political theorists Will Kymlicka and Wayne Norman have observed, «almost every problem in political philosophy involves relations among citizens or between citizens and the state». Will Kymlicka & Wayne Norman, *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, 104 *ETHICS* 352, 353 (1994).

<sup>9</sup> JUDITH N. SHKLAR, *AMERICAN CITIZENSHIP: THE QUEST FOR INCLUSION I* (1991); see also Etienne Balibar, *Propositions on Citizenship*, 98 *ETHICS* 723 (1988) («[H]istory still shows that this concept has no definition that is fixed for all time. It has always been at stake in struggles and the object of transformations»). This confusion is not merely a contemporary one. «The nature of citizenship... is a question which is often disputed; there is no general agreement on a single definition». See ARISTOTLE, *POLITICS* 93 (E. Barker ed., 1946).

<sup>10</sup> Quentin Skinner usefully argues that the meaning of an evaluative political or moral term has three different aspects. The first concerns the word's «sense». Here the question is «the nature and range of the criteria in virtue of which the word or expression is standardly employed». Quentin Skinner, *Language and Political Change*, in *POLITICAL INNOVATION AND*

bodying the highest normative value.<sup>11</sup> The term rings unmistakably with the promise of personal engagement, community well-being, and democratic fulfillment.<sup>12</sup> It is, in fact, precisely because we all agree on citizenship's immense value that the term's denotative meaning is often so contested.

The struggle over the concept of citizenship beyond the nation-state is, therefore, ultimately a struggle over the meaning of citizenship *tout court*.<sup>13</sup> This struggle is important because citizenship is a core concept in our political and moral vocabulary. And such concepts, we now know, are

---

CONCEPTUAL CHANGE *supra* note 4, at 6, 9. The second aspect concerns the term's «range of reference». At issue is «the nature of the circumstances in which the word can be properly used to designate particular actions or states of affairs [or]... the criteria for applying the word correctly». *Id.* at 10. Finally, there is the word's evaluative effect. The question here is «what exact range of attitudes the term can standardly be used to express», or «what range of speech acts the word can be used to perform». *Id.* at 11.

With regard to the term «citizenship», there is no dispute by anyone as to its favorable appraisive effect. The debates over citizenship instead concern the term's sense and its reference. With respect to claims on behalf of trans/postnational citizenship, the debate is largely over reference —over «whether a given set of circumstances— what a lawyer would call the facts of the case—are such as to yield the agreed criteria for the application of the given appraisive term». *Id.* at 10. For a further discussion, see *infra* notes 181-86 and accompanying text.

<sup>11</sup> I should note that citizenship is used as both a descriptive and normative term, and it is not always clear in any given context which meaning is intended. However, as I point out in note 9 *supra*, there is never any confusion as to the normative message the word should be understood to convey. Citizenship is a term that communicates the highest political value; it is a «hurrah word», in the language of linguistic philosophers.

<sup>12</sup> I make this point in an earlier article. See Linda Bosniak, *The Citizenship of Aliens*, 56 SOCIAL TEXT 29 (1998). See also Nancy Fraser & Linda Gordon, *Civil Citizenship Against Social Citizenship? On the Ideology of Contract-Versus-Charity*, in THE CONDITION OF CITIZENSHIP 90 (Bart VanSteenbergen ed., 1994) (describing «citizenship» as «a weighty, monumental, humanist word», which has «no pejorative uses»).

<sup>13</sup> Citizenship is a classic example of what William Connolly describes as an «essentially contested concept». Connolly writes:

When [a concept] is *appraisive* in that the state of affairs it describes is a valued achievement, when the practice described is *internally complex* in that its characterization involves reference to several dimensions, and when the agreed and contested rules of application are relatively *open*, enabling parties to interpret even those shared rules differently as new and unforeseen situations arise, then the concept in question is an «essentially contested concept». Such concepts «essentially involve endless disputes about their proper uses on the part of their users.

WILLIAM E. CONNOLLY, THE TERMS OF POLITICAL DISCOURSE 10 (1993) (quoting W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY 1955-56 (emphasis in original)).

not merely descriptions of the social world; they are an integral part of its fabric. They help to construct the world; as one group of political theorists has recently written, «the political landscape is partially constituted by [the language] which locates and marks its main features».<sup>14</sup> There is a great deal at stake, therefore, in the way we use the term citizenship. The apparently oxymoronic notions of transnational or postnational or global citizenship challenge conventional presumptions that the nation-state is the sole actual and legitimate site of citizenship. The effort by proponents of these concepts to resituate citizenship thus represents a kind of «political innovation».<sup>15</sup> And citizenship's future will be shaped, in part, by the debates generated by their efforts.

In this article, I examine and assess recent efforts in political and social thought to locate citizenship beyond the nation-state. I first approach the «postnational citizenship» claim as an empirical claim, and address the question whether citizenship has, in fact, begun to be reconfigured in postnational terms.<sup>16</sup> I contend that there is no single answer because there

---

<sup>14</sup> TERRENCE BALL ET AL., *Editor's Introduction*, in POLITICAL INNOVATION AND CONCEPTUAL CHANGE, *supra* note 4, at 2. See also James Farr, *Understanding Conceptual Change Politically*, in POLITICAL INNOVATION AND CONCEPTUAL CHANGE, *supra* note 4, at 28-29. («[P]olitical concepts partly constitute the beliefs which inform action and practice»). Thus, «the study of political concepts... becomes an essential not incidental task of the study of politics»). See also HANNAH PITKIN, *WITTGENSTEIN AND JUSTICE* 115 (1972) (describing Wittgenstein's conception of the «interdependence of words and the world»); CONNOLLY, *supra* note 12, at 1, 3 («The language of politics is not a neutral medium that conveys ideas independently formed; it is an institutionalized structure of meanings that channels political thought and action in certain directions... [T]he discourse of politics helps to set the terms within which that politics proceeds»); MURRAY EDELMAN, *CONSTRUCTING THE POLITICAL SPECTACLE* 103 (1988) («The most incisive twentieth-century students of language converge from different premises on the conclusion that language is the key creator of the social worlds people experience, not a tool for describing an objective reality»).

<sup>15</sup> Farr, *Understanding Conceptual Change Politically*, *supra* note 13, at 29. In Skinner's terms, they are arguing that citizenship aptly describes «situations which have not hitherto been described in such terms». Skinner, *supra* note 9, at 15. In this respect, they are not so much urging that citizenship be understood differently (that the criteria for applying the term be revised); rather, their claim is that «the ordinary criteria for applying... [the] term are present in a wider range of circumstances than has commonly been allowed...». *Id.*

<sup>16</sup> I borrow the «reconfiguration» term from Soysal. See Yasemin Nohuglu Soysal, *Changing Parameters of Citizenship and Claims-Making: Organized Islam in European Public Spheres*, in 26 *THEORY AND SOCIETY* 509, 513 (1997) [hereinafter Soysal, *Changing Parameters*]. See also YASEMIN NOHOGLU SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP: MIGRANTS AND POST-NATIONAL MEMBERSHIP IN EUROPE* 137 (1994) [hereinafter SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP*].



is no single conception of «citizenship». Instead, the question can be approached only in relation to the various understandings we maintain of the concept of citizenship more generally. Depending on whether we are addressing citizenship as a legal status, as a system of rights, as a form of political activity, or as a form of identity and solidarity, the answer varies substantially. I thus examine the claim of denationalization within each of these usages, and conclude that within each, citizenship can fairly be said to exceed the bounds of the nation to some degree, though the process of denationalization has occurred more extensively and meaningfully in some domains than in others.

I next contend that, notwithstanding the empirical style of most exponents of citizenship's denationalization, the postnational citizenship claim cannot be read merely in descriptive terms. It must, instead, be regarded at least as much as a normative claim about citizenship's future shape and direction as a characterization of the current state of the world. For the concept of citizenship is not merely a label but also a signal: to describe a set of social practices in the language of citizenship serves to legitimize them and grant them recognition as politically consequential, while to refuse them the designation is to deny them that recognition.

I therefore address the denationalization claim as an aspirational claim, a claim of desire rather than fact. And I suggest that to assess this claim, we need to examine the question of whether citizenship's denationalization ought, indeed, to be fostered and celebrated. I focus my discussion on that dimension of citizenship concerned with identity and solidarity, in particular, because it is here that the normative question of citizenship's location has been systematically addressed in political and social thought.

Most such discussions presume that citizenship is appropriately (and necessarily) an enterprise located within the bounds of the modern nation-state, and treat any alternative conception as requiring special justification. I read the postnational citizenship claim as a critical trope that usefully enables us to challenge that presumption, and to invert the burden of justification, so that normative nationalism may itself be interrogated. I also suggest that there are important reasons of justice and democracy to support nonnational conceptions of identity and solidarity—although I recognize as well that many difficult questions remain about how, precisely, denationalized citizenships will be effectuated in practical terms.

I. DENATIONALIZATION IN FACT

The subject of citizenship has produced an extraordinary outpouring of scholarly commentary over the past several years. The great majority of this work has addressed two sorts of questions. The first concerns what we might call citizenship's substance; analysts ask what, precisely, citizenship should be understood to entail for its holders. The second concerns citizenship's subjects; at issue is who should be entitled to enjoy citizenship in the first instance.<sup>17</sup>

There is, however, another fundamental question concerning citizenship that is almost never addressed in any detail in this literature: this is the question of citizenship's location—the question of where citizenship should be understood to take place. The question has been ignored because the answer is usually regarded as self-evident and unproblematic; citizenship is understood to be a national undertaking by definition, and the site of citizenship is therefore presumed to be that of the political community of the nation-state.<sup>18</sup>

Recently, however, questions involving citizenship's location have captured the attention of a small but growing number of commentators. Among them, many are challenging the presumptive nationalism that frames most approaches to citizenship. Citizenship has begun to exceed the boundaries of the nation-state, they argue, and is increasingly taking nonnational forms. Whether described as «transnational», «postnational», or «global», the new forms of citizenship are understood to be denationalized in some way. As sociologist Yasemin Soysal has written, citizenship is «no longer unequivocally anchored in national political collectivities».<sup>19</sup>

But what, exactly, is the basis of this denationalization claim? And what do these new, denationalized forms of citizenship look like? This is not always easy to discern from the literature. No one has elaborated a systematic theory of post/transnational/global citizenship, and the concepts are more often than not deployed casually. Furthermore, a review of their uses

---

<sup>17</sup> Ronald Beiner similarly distinguishes between «what» and «who» questions associated with citizenship. See RONALD BEINER, *WHAT'S THE MATTER WITH LIBERALISM?* 114 (1992).

<sup>18</sup> «Most scholars who have studied citizenship... would —notwithstanding their difference in choice of conceptual or historical approach— agree that to talk about citizenship always involves a notion of stateness». See ANTJE WIENER, 'EUROPEAN' CITIZENSHIP PRACTICE: BUILDING INSTITUTIONS OF A NON-STATE 27 (1998).

<sup>19</sup> Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 512.

makes clear that they are intended to designate an extraordinarily broad and diverse range of social and political phenomena—a fact which limits their usefulness analytically.

The definitional problem does not lie entirely with the claim of denationalization, however. Much of the confusion one might reasonably feel over claims regarding the denationalization of citizenship derives from the chronic uncertainty of meaning associated with the concept of citizenship itself. For, despite citizenship's intellectual currency, there is often little agreement among scholars over precisely how to understand the term. Most analysts concur in defining citizenship as membership of a political community,<sup>20</sup> or of a «common society».<sup>21</sup> Yet these definitions are subject to numerous and often conflicting interpretations. For some analysts, citizenship denotes a formal legal relationship between individual and polity; for others, it signifies active engagement in the life of the community. For some, it is largely a matter of individual justice, while for others still, it implicates pressing questions of collective identity.

In an effort to bring order to what is otherwise a very chaotic field, several analysts have proposed organizing schema to help make sense of the citizenship debates. Their formulations vary, but many of them attempt to distinguish, broadly, between several distinct understandings of citizenship: one concerned with citizenship as legal status; another, with citizenship as rights; a third, with citizenship as political activity; and the last, with citizenship as a form of collective identity and sentiment.<sup>22</sup> For some com-

---

<sup>20</sup> See, e.g., Walzer, *Citizenship*, *supra* note 4, at 211.

<sup>21</sup> David Held, *Between State and Civil Society: Citizenship*, in *CITIZENSHIP* 19-20 (Geoff Andrews ed., 1991) (Citizenship entails «membership, membership of the community in which one lives one's life»). see also J.M. BARBALET, *CITIZENSHIP* I (1988). Definitions of this kind—those not specifically linking the concept to a *political* community—tend to appear in the sociological literature on citizenship. See e.g., Bryan S. Turner, *Postmodern Culture/Modern Citizens*, in *THE CONDITION OF CITIZENSHIP*, *supra* note 11, at 153, 159 (defining citizenship as «a set of practices which constitute individuals as competent members of a community»). For further discussion about the question of whether citizenship's community must be political in nature, see text accompanying notes 172-78, *infra*.

<sup>22</sup> See generally Kymlicka & Norman, *supra* note 7 (distinguishing among three approaches to citizenship, which they call «citizenship-as-rights», «citizenship-as-activity», and «citizenship-as-identity», and contrasting all of these with «immigration and naturalization policy», by which they seem to mean citizenship as legal status, and which they choose not to address); see also Joseph H. Carens, *Dimensions of Citizenship and National Identity In Canada*, 28 *PHIL. F.* 111-12 (1996-97) (distinguishing among the legal, psychological,

mentators, these different understandings reflect distinct «dimensions» of a larger phenomenon.<sup>23</sup> For others, the categories seem to refer to often incommensurable discourses.<sup>24</sup> In either case, the ordering has been analytically useful.

As I see it, recognizing that citizenship talk implicates several distinct discourses —incommensurable or otherwise— is indispensable in any effort to make sense of recent claims by scholars and activists to the effect that citizenship is becoming denationalized. In what follows, therefore, I will argue that the denationalization claim is not one claim but many, each of which relates to a different strand of our citizenship-related discourse. I will further suggest that the meaning and plausibility of the denationalization claim varies substantially depending on the discourse, or dimension, of citizenship at issue.

#### A. *Citizenship as Legal Status*

In one of its aspects, citizenship is a matter of legal recognition. To be a citizen is to «possess the legal status of a citizen».<sup>25</sup> In this usage, citizenship refers to formal or nominal membership in an organized political community.

In recent years, there has been a great deal of debate in both the scholarly and policy arenas about this dimension of citizenship. In this country, and in many others, much of the controversy has concerned the question of precisely who is entitled to acquire and maintain citizenship status. U.S. analysts have debated, among other things, the constitutional and moral propriety of birthright citizenship and the proper criteria for according naturalization, including the legitimacy of requiring an oath of allegiance and proof

---

and political dimensions of citizenship); HEATER, *supra* note 4 (distinguishing among «the feeling of citizenship», «political citizenship» and «the status of citizenship»). For other efforts toward conceptual organization, see Friedrich Kratochwil, *Citizenship: On the Border of Order*, 19 *ALTERNATIVES* 485 (1994) (distinguishing between citizenship as status and citizenship as belonging); Ursula Vogel & Michael Moran, *Introduction*, in *THE FRONTIERS OF CITIZENSHIP* x, xii (Ursula Vogel & Michael Moran eds., 1991) (examining what they call the «territorial, temporal, social, political and behavioral frontiers of citizenship»).

<sup>23</sup> E.g., Carens, *supra* note 21. See also Pamela Johnston Conover, *Citizen Identities and Conceptions of the Self*, 3 *J. POL. PHIL.* 133, 134 (1995) (Citizenship «encompasses a variety of elements, some legal, some psychological, and some behavioral»).

<sup>24</sup> E.g., Kymlicka & Norman, *supra* note 7.

<sup>25</sup> Carens, *supra* note 21, at 172.

of basic acculturation by applicants. More recently, commentators have sparred over the question of whether citizenship ought to be an exclusive status, or whether the growing incidence of dual (and sometimes multiple) citizenships should be tolerated and even embraced. Analysts have spilled much ink, as well, over questions regarding the significance and legitimacy of the line dividing citizens from aliens, including the legitimacy of denying rights and benefits to aliens. The positions taken by scholars in these and related debates have been shaped by a wide range of conflicting views on fundamental questions of theory and policy. The controversies can perhaps best be characterized as dividing those who would accord more value to citizenship status from those who would accord it less.<sup>26</sup> Despite the differences among participants in these debates, however, nearly everyone involved shares one vital premise: that the locus, or site, of citizenship status is the territorially-bounded nationstate. The bond of membership and allegiance that citizenship status represents is understood to be established with, or in relation to, the national political community.

In general terms, treating citizenship as a status exclusively tied to the nation-state is a reasonable premise. As a practical matter, citizenship is almost always conferred by the nation-state, and as a matter of international law, it is nation-state citizenship that is recognized and honored. It is true that people throughout much of the world enjoy formal legal memberships in subnational entities, including provinces, states, and municipalities. But these memberships are often subordinated to the demands of national citizenship as a matter of domestic law,<sup>27</sup> and are almost always regarded as subsidiary in the international arena.

Some commentators have pointed to three recent developments, however, which in their view signal an increasing denationalization of citizenship status in the current period. The first and most obvious is the case of the European Union (EU), where efforts have been underway to construct a

---

<sup>26</sup> For a recent volume of essays reflecting a range of positions on this question, see *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* (Noah M.J. Pickus ed., 1998).

<sup>27</sup> In the United States, for example, the Fourteenth Amendment of the U.S. Constitution treats national citizenship as legally and politically paramount, and relegates state citizenship (once regarded as a significant form of membership distinct from membership at the national level) to «a mere incident of residence». See Christopher Eisgruber, *Justice and the Text: Rethinking the Constitutional Relation Between Principle and Prudence*, 43 *DUKE L.J.* 1, 40 (1993). In international law, subnational entities are generally not regarded as legitimate sites of citizenship.

regionally framed supranational citizenship—a European citizenship.<sup>28</sup> This development no doubt importantly challenges the conventional correspondence that we ordinarily assume exists between citizenship and national membership, and alerts us to possibilities for nonnation-centered arrangements. A few commentators have seen more dramatic import, however, contending that in light of developments in the EU, the assumption of the territorial nation-state as the «unquestioned terrain of membership has today disintegrated», resulting in a «crisis of citizenship».<sup>29</sup> By «breach[ing] the link between status attached to citizenship and national territory», another suggests, EU citizenship portends «postnational» forms of citizenship the world over.<sup>30</sup>

These characterizations strike me as something of an overstatement. Certainly, citizenship is being dramatically reconstituted in Europe.<sup>31</sup> For EU citizens, Europe's internal borders have been effectively removed with the guarantee of the right to free movement;<sup>32</sup> and EU citizens enjoy economic rights and

---

<sup>28</sup> See TREATY ON EUROPEAN UNION, Feb. 7, 1992, art. 2, reprinted in EUROPEAN UNION, CONSOLIDATED VERSIONS OF THE TREATY ON EUROPEAN UNION AND THE TREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY 12 (1997) (stating an objective of the Union is «to strengthen the protection of the rights and interests of the nationals of its Member States through the introduction of a citizenship of the Union») [hereinafter TEU TREATY];

1. Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union.

2. Citizens of the Union shall enjoy the rights conferred by this Treaty and shall be subject to the duties imposed thereby.

*Id.*

According to Soysal, «'European citizenship' clearly embodies postnational membership in its most elaborate legal form». SOYSAL, LIMITS OF CITIZENSHIP, *supra* note 15, at 148.

<sup>29</sup> Vogel & Moran, *supra* note 21, at xii.

<sup>30</sup> SOYSAL, LIMITS OF CITIZENSHIP, *supra* note 15, at 147. See also Miriam Feldblum, «Citizenship Matters»: *Contemporary Trends In Europe and the United States*, 5 STAN. HUMAN. REV. 97, 107 (1997) (arguing that EU citizenship «can be considered not simply as complementing national membership but displacing national citizenship») [hereinafter Feldblum, *Citizenship Matters*]. But see Miriam Feldblum, *Reconfiguring Citizenship in Western Europe*, in CHALLENGE TO THE NATION-STATE: IMMIGRATION IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED STATES 231, 240 (Christian Joppke ed., 1998) (arguing that the postnationalization of citizenship in Europe has occurred in tandem with restrictive, «neo-natal» developments in the citizenship policy and practice of the various European states).

<sup>31</sup> Many observers and participants in the process characterize Union citizenship as in process or «evolving». See STEPHEN HALL, NATIONALITY, MIGRATION RIGHTS AND CITIZENSHIP OF THE UNION 10 (1995); WIENER, *supra* note 17.

<sup>32</sup> «Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of Member States». TEU TREATY art. 18.

some political rights at a supranational level.<sup>33</sup> On the other hand, EU citizenship remains subordinate to European national citizenships in important respects.<sup>34</sup> First, the Treaty on European Union specifically defines EU citizens as those persons «holding the nationality of a Member State»;<sup>35</sup> and it is national law that ordinarily determines who will be deemed EU citizens.<sup>36</sup> Furthermore, the entity in which this new citizenship is based is still controlled in important ways by the individual states that comprise it; as one commentator put it, «the

---

<sup>33</sup> For a general discussion, see Hans Ulfich Jessurun d'Olivera, *Union Citizenship: Pie In The Sky?*, in *A CITIZEN'S EUROPE: IN SEARCH OF A NEW WORLD ORDER* 58 (Allan Rosas & Esko Antola eds., 1995).

<sup>34</sup> Hans d'Olivera concludes, for this reason, that European citizenship is «nearly exclusively a symbolic plaything without substantive content, and in the Maastricht Treaty very little is added to the existing status of nationals of Member States». *Id.* at 82-83.

<sup>35</sup> «Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union». TEU TREATY art. 17.

<sup>36</sup> Under international law, states are ordinarily regarded as having sovereign authority to determine who will be accorded citizenship or nationality. *See, e.g.*, Nottebohm Case (Liech. v. Guat). (second phase), 1955 I.C.J. 4, 20 (Apr. 6) («It is for Liechtenstein, as it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation»).

However, some commentators have contended that Community law may place some constraints on this authority. As Stephen Hall writes:

The power of States to make dispositions of nationality is an expression of their sovereignty in international law. Membership of the Community, however, involves the transfer of part of their sovereignty to the Community. To the extent that the exercise of State power to make dispositions of nationality impacts upon the rights and obligations arising under Community law, there is reason to believe that in principle State sovereignty in this area is subject to limits.

HALL, *supra* note 30, at 43. Hall argues that since European human rights law is considered to be «among the Community's general principles of law», (he refers to art. F(2) of the Treaty on European Union (1992)), any denial of nationality that violated human rights principles (*e.g.*, on the basis, for example, of racial, ethnic, religious, or political grounds) would violate Community law and, hence, would represent invalid national decision-making. *Id.* at 87-88. The dominant view, however, is that member states retain their authority to control nationality under most circumstances. *See, e.g.*, d'Olivera, *supra* note 32, at 61-62 («As long as the Community consists of independent and sovereign Member States, the competence to define their nationals belongs to each state»). Note that the question as to who is and is not a national of a Member State matters a great deal because Union citizenship (for which Member State nationality is a prerequisite) is exceedingly valuable. Member states are home to millions of people who are not regarded as nationals, and who are thus excluded from the benefits of Union citizenship. For a discussion critical of the status of third country nationals under the EU, see, *e.g.*, WEINER, *supra* note 17, at 290-92.



real *locus* of political power in the Community remains, as it has since the Community's foundations, with the governments of the Member States».<sup>37</sup>

Finally, it must also be recalled that the case of the European Union is not, as yet, generalizable. Formal citizenship is currently nonexistent in any other supranational body (including at the world level), and its establishment elsewhere is unlikely any time soon. In this respect, while European citizenship represents a real departure from the national model, the departure is limited in both kind and effect.

Somewhat less persuasive are two additional claims made on behalf of the denationalization of citizenship status. One of these, advanced by Soysal, holds that the enjoyment by long-term resident aliens of substantial membership rights in many liberal democratic states signals the postnationalization of citizenship.<sup>38</sup> The extension of rights to aliens entails citizenship's postnationalization, Soysal maintains, because the source of many of these rights lies in the international human rights regime, which accords recognition to individuals on the basis of their personhood rather than their national affiliation. As she sees it, the imperatives of national belonging are subordinated to the norms of transnational membership—norms which themselves afford an alternative, denationalized kind of citizenship.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> HALL, *supra* note 30, at 11. Hall writes that the Union «remains primarily a Union of nation States, a confederation rather than a federation. In such a Union, the citizens are likely to continue seeing their own national government as the important object of political attention». *Id.* at 12.

If and when a federal European Union arrives and a federal citizenship accompanies it, then it will be possible to think of Union citizenship less in terms of its symbolism, and more in terms of its *rôle* in securing and being secured by a European democracy. That day, if it comes at all, is still some way off.

*Id.* at 13. See also Percy B. Lehning, *European Citizenship: Between Facts and Norms*, in CONSTITUTIONS 346, 353 (Andrew Arato & Nancy Fraser eds., 1998) (stating that «the potential contribution of the Maastricht Treaty provisions to the further development of European citizenship should not be overestimated. In general, it changed very little. National control in the area remains strong. This form of citizenship hardly represents an extension of EU powers and an erosion of national sovereignty»).

<sup>38</sup> SOYSAL, LIMITS OF CITIZENSHIP, *supra* note 15, at 2-4. In an earlier articulation of her position, Soysal contrasted national citizenship with postnational *membership*, thereby associating citizenship with nation-states exclusively. *Id.* at 139-43. In her more recent work, she designates this postnational membership as a form of «citizenship»—*postnational* citizenship, as she calls it. Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 513.

<sup>39</sup> As Soysal puts it, we are experiencing a «shift in the major organizing principle of membership in contemporary politics: the logic of personhood supersedes the logic of



Soysal is not the first to point out that aliens enjoy important rights traditionally associated with citizenship in many host societies.<sup>40</sup> Her innovation is to argue that the source of these rights resides in the international human rights regime. One problem with this claim, however, is that it has limited empirical application. However accurate Soysal's portrait is of the status of aliens in Europe,<sup>41</sup> her model fails to capture the dynamic of alien status in many countries—among them, the United States—where the oft-substantial membership rights that aliens enjoy are not grounded in the international human rights regime at all, but in the national system itself.<sup>42</sup> In the United States, the tension between personhood and citizenship as the national citizenship... And it is within this universalized scheme of rights that nonnationals participate in a national polity, advance claims, and achieve rights in a state not their own». SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP*, *supra* note 15, at 164.

<sup>40</sup> For a detailed analysis of this phenomenon, see William Rogers Brubaker, *Introduction*, in *IMMIGRATION and the POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA* (William Rogers Brubaker ed., 1989).

<sup>41</sup> Some reviewers question Soysal's characterization of the legal situation of many noncitizens in Europe as well. See Helen M. Hintjens, Book Review, 71 *INT'L AFF.* 887-88 (1995) (reviewing SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP*, *supra* note 15). By now it should have become clear that noncitizens from outside the EU, far from having virtually all the rights of nationals, are being progressively excluded from welfare benefits, and are being made to feel less and less welcome in this 'postnational' west European enclosure. I think that this research has mistaken the last dying embers of 1960 and 1970s formal statutory incorporation regimes in western Europe for the glimmerings of a new era.

*Id.* See also, Aristide R. Zolberg, Book Review, 24 *INTERNATIONAL MIGRATION REVIEW* 326, 327-28 (1995) (reviewing SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP*, *supra* note 15) (Soysal's analysis fails to «reflect the social inequalities that may exist between citizens and immigrants in most immigration societies—inequalities that are anchored in the discriminatory practices of institutions in such realms as housing, schools, and labor markets as well as in the attitudes of many citizens toward foreigners in their midst»); Marco Martiniello, *Citizenship, Ethnicity and Multiculturalism: Postnational Membership Between Utopia and Reality*, 20 *ETHNIC AND RACIAL STUDIES* 635, 640 (1997) (reviewing, among other books, SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP*, *supra* note 15) (arguing that in Soysal's book, «the distinction between the theoretical possession of citizenship rights and their actual exercise... is insufficiently discussed. Yet discrimination often suffered by migrants often fills this gap and qualifies the notion of postnational membership»).

<sup>42</sup> I thus disagree with Soysal when she writes that the arguments she develops «are not exclusive to Europe. As the transnational norms and discourse of human rights permeate the boundaries of nation-states, the postnational model is activated and approximated worldwide». SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP*, *supra* note 15, at 156. For another critique, see T. Alexander Aleinikoff, *Between Principles and Politics: The Direction of U.S. Citizenship Policy*, in 8 *INTERNATIONAL MIGRATION POLICY PROGRAM* 50 n.88 (1998) («[H]owever persua-

basis for rights is, in fact, a chronic national preoccupation;<sup>43</sup> and the commitment to personhood over citizenship is often experienced and expressed in the most nationalist of terms. It is the United States Constitution that is invariably invoked to ground the protections aliens have enjoyed here.

There is another more conceptual problem with Soysal's argument as well. The difficulty is that she analytically conflates distinct senses of citizenship in a way that makes for confusion. One may reasonably argue, as she does, that the increasing guarantee of human rights at the level of international law signals that citizenship is becoming denationalized. Here, «citizenship» is treated as a state of enjoying basic rights; it is becoming denationalized, in this argument, in that the enjoyment of rights no longer depends so fundamentally on nationally-based norms. I discuss this claim in the following section.

Notice, however, that this is an argument about citizenship *qua* rights generally; the claim concerns the disarticulation of rights norms from nationstates for *everyone*. It is not a claim about aliens in particular. Aliens *can*, I believe, be argued to enjoy a modicum of «citizenship» by virtue of the various social and economic rights they have been afforded in national and international law—however paradoxical this may sound.<sup>44</sup> Yet, the fact that aliens enjoy these rights does not mean that their formal or nominal legal status *vis-à-vis* the political community in which they reside has

---

sive one might find Yasemin Soysal's account of a «postnational» membership in Europe, it does not seem an apt description of the U.S. system»).

Note also that one commentator suggests that in Europe itself, «the arguments and discourse about human rights need not originate outside the state. In European states, national courts have played important roles in striking down government actions to restrict rights and benefits as violating human rights of these people, regardless of their citizenship status». Feldblum, *Citizenship Matters*, *supra* note 29, at 105.

<sup>43</sup> I explore this tension, in two earlier articles: Linda Bosniak, *Membership, Equality and the Difference That Alienage Makes*, 69 N.Y.U. L. REV. 1047 (1994); Linda Bosniak, *Exclusion and Membership: The Dual Identity of the Undocumented Worker Under United States Law*, 1988 WIS. L. REV. 955 (1988).

<sup>44</sup> In my view, aliens' paradoxical relationship to citizenship in its various dimensions is an important and intriguing subject. I have addressed this issue specifically in Linda Bosniak, *Universal Citizenship and the Problem of Alienage*, 94 Nw. U. L. REV. (forthcoming 2000) (on file with author) [hereinafter Bosniak, *Universal Citizenship*] and Bosniak, *The Citizenship of Aliens*, *supra* note 11. See also RAINER BAUBOCK, *TRANSNATIONAL CITIZENSHIP* 185 (Edward Elgar Publishing, 1994) («Foreigners who are regarded as only transient members of society are not fully excluded from the citizenry either. They even enjoy a number of active rights denied to minor citizens...»).

changed. When citizenship is understood as formal legal membership in the polity, aliens remain outsiders to citizenship: they reside in the host country only at the country's discretion; there are often restrictions imposed on their travel; they are denied the right to participate politically at the national level; and they are often precluded from naturalizing. Furthermore, they symbolically remain outsiders to membership in the polity.<sup>45</sup>

Consequently, Soysal's claim that in contemporary polities, «the logic of personhood supersedes the logic of national citizenship»<sup>46</sup> by virtue of the internationally guaranteed human rights accorded to aliens is not terribly convincing. To the extent that aliens enjoy important social, economic, and political rights in a society, citizenship will function less as «an instrument of social closure», in Rogers Brubaker's terms, than it may have once done.<sup>47</sup> But it remains an «object of social closure, a status to which access is restricted».<sup>48</sup> And as an object of social closure, citizenship remains a fundamentally national enterprise.

As a third signal of citizenship's increasing denationalization, some commentators have pointed to the growing incidence around the world of dual, and sometimes multiple, citizenships.<sup>49</sup> Today, more people than ever hold citizenship in more than one nation—the result, in part, of the recent liberalization of different national rules on naturalization, expatriation, and assignment of citizenship at birth, which together make multiple citizenships possible and often routine.<sup>50</sup> Without question, this is a significant development in the history of citizenship; it is significant because historically—and ideally—citizenship has been regarded as an exclusive status,

---

<sup>45</sup> Soysal herself acknowledges this at points in the book. See, e.g., SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP*, *supra* note 15, at 120-22 (discussing entry and residence). «Obviously, all this is not to suggest that the formal categories of alien and citizen have withered away or that their symbolic intensity has eroded». *Id.* at 166-67.

<sup>46</sup> *Id.* at 164.

<sup>47</sup> ROGERS BRUBAKER, *CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND GERMANY* 31 (1992).

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> See Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 512 («[D]ual citizenship, which violates the traditional notions of loyalty to a single state» is one indicia of the emergence of «postnational» «forms of citizenship»); see also Peter J. Spiro, *Dual Nationality and the Meaning of Citizenship*, 46 *EMORY L.J.* 1411, 1478 (1997).

<sup>50</sup> See Spiro, *supra* note 48, for a recent treatment of dual nationality which usefully and comprehensively analyzes its history, causes and ramifications. See also Peter Schuck, *Plural Citizenships*, in *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE TWENTY-FIRST CENTURY*, *supra* note 25, at 149.

one the individual maintains with a single nation-state. Yet multiple citizenships can hardly be said to represent a «postnational» form of citizenship or membership, as some commentators have suggested.<sup>51</sup> For while it is true that multiple citizenships do entail divided commitments and identities on the part of those who hold them, these commitments and identities remain firmly bound to nation-state entities. In this respect, the «multinationalization» of citizenship would provide a better characterization.<sup>52</sup>

All told, citizenship-as-legal-status remains a largely national enterprise, with the EU providing an important but limited exception. That is not to deny the fact that the status of citizenship has been affected in various ways by processes of globalization—both the consolidation of the EU and the worldwide increase in multiple citizenships show otherwise. But many of the transformations in the nature of citizenship status that commentators have pointed to have less to do with denationalization than with the demystification of an ideal. As Brubaker argues, the traditional ideal of citizenship status presumes that citizenship will be, among other things, both unique and socially consequential.<sup>53</sup> The widespread increase in dual citizenship and the extension of important membership rights to aliens are among those factors that show the ideal to be «significantly out of phase with contempo-

---

<sup>51</sup> Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 512; Feldblum, *Citizenship Matters*, *supra* note 29, at 104 («Dual nationality breaks with the logic and aims of prior national citizenship strategies; the parameters, conflicts, referents, and political agents are no longer simply congruent with the single state»).

<sup>52</sup> According to Peter Spiro, the divided commitments and identities entailed in the increase in multiple citizenships may imply «that national citizenship as an institution is less important than it once was». Spiro, *supra* note 48, at 1478. His argument is that there is little difference between the individual who is linked by affective or political ties to her country of origin after acquiring citizenship in the United States, and the U.S. citizen who is similarly linked to transnational organizations such as the Catholic Church or Amnesty International; in either case, the person's allegiances are divided, and nation-states are only one of many possible sites of identity and commitment. I agree with this assessment; see sections I C and D, *infra*. But arguing that national citizenship is declining in importance in a «postnational world», is not the same thing as claiming that citizenship itself is becoming postnational. There is a suggestion of this claim in Spiro's article, but it is not elaborated. See Peter J. Spiro, *The Citizenship Dilemma*, 51 *STAN. L. REV.* 597, 617 (1999) (positing nonnational sites of citizenship) [hereinafter Spiro, *The Citizenship Dilemma*].

<sup>53</sup> The ideal of uniqueness holds that «[e]very person should belong to one and only one state». Brubaker, *supra* note 39, at 1, 3. The ideal of social consequentiality holds that «[m]embership should entail important privileges... [which] should define a status clearly and significantly distinguished from that of nonmembers. *Id.* at 4.

rary realities of statemembership». <sup>54</sup> Citizenship's traditional ideal may be frayed, in other words, but that doesn't necessarily make it any less national.

### B. *Citizenship as Rights*

In twentieth-century social theory, the notion of citizenship has been most closely associated with the enjoyment of certain important rights and entitlements. In this conception of citizenship, the enjoyment of rights is the defining feature of societal membership: citizenship requires the possession of rights, and those who possess the rights are usually presumed thereby to enjoy citizenship. <sup>55</sup>

The rights approach was most influentially articulated by British sociologist T.H. Marshall in a well-known 1949 essay, *Citizenship and Social Class*. <sup>56</sup> According to Marshall, citizenship consists in the enjoyment of rights progressively fought for and achieved in the civil, political, and social spheres of capitalist societies. <sup>57</sup> Marshall's rights-based model has shaped much political and social thought about citizenship during the post-war period. <sup>58</sup> Today, many seek to expand on his approach by urging, for example, that economic and cultural rights be treated as integral to any conception of citizenship. <sup>59</sup> Marshall's model remains extremely influential, however, and many scholars across a variety of disciplines continue to rely on it. <sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> *Id.* at 5.

<sup>55</sup> This is sometimes a tautological assumption, for it can be argued that noncitizens, or aliens, actually enjoy certain rights of citizenship. See Bosniak, *Universal Citizenship*, *supra* note 43.

<sup>56</sup> See generally T.H. MARSHALL, *CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS* (1949).

<sup>57</sup> See *id.*

<sup>58</sup> See BRYAN S. TURNER, *CITIZENSHIP AND CAPITALISM: THE DEBATE OVER REFORMISM* (1986); Ralf Dahrendorf, *Blind To the Greater Liberty*, *TIMES* (London), Nov. 9, 1990, at 14.

<sup>59</sup> For works that urge recognition of «economic citizenship», see SASKIA SASSEN, *LOSING CONTROL?: SOVEREIGNTY IN AN AGE OF GLOBALIZATION* 31-58 (1996); Maria-Patricia Fernandez-Kelly, *Underclass and Immigrant Women as Economic Actors: Rethinking Citizenship in a Changing Global Economy*, 9 *AM. U. J. INT'L L. & POL'Y* 150 (1993). See Turner, *supra* note 20, at 153, for an argument that «cultural citizenship» is a necessary part of any adequate conception of citizenship. See also Bart Van Steenberg, *Towards A Global Ecological Citizen*, in *THE CONDITION OF CITIZENSHIP*, *supra* note 11, at 141 (urging recognition of «ecological citizenship» within Marshall's schema).

<sup>60</sup> His conception of «social citizenship» in particular —by which he meant the right to basic economic security— remains resonant for many scholars, who continue to draw on this concept. See Fraser & Gordon, *supra* note 11; Ralf Dahrendorf, *The Changing Quality of Citizenship*, in *THE CONDITION OF CITIZENSHIP*, *supra* note 11, at 10; William Julius Wilson,

Marshall is not the only source of rights-based citizenship discourse. In the law, Charles Black and, later, Kenneth Karst employed the concept of citizenship to refer to the rights necessary to achieve «full and equal membership».<sup>61</sup> Political theorists Judith Shklar and Rogers Smith can be located in a related tradition; for them, citizenship refers to an individual's «standing» in society, and each focuses on how the law has been used historically to structure that standing.<sup>62</sup> The central problematic of this group is exclusion and second-class citizenship, and the ways that racial subordination has painfully distorted formally egalitarian polities.<sup>63</sup>

---

*Citizenship and the Inner-City Poor*, in *THE CONDITION OF CITIZENSHIP*, *supra* note 11, at 49. The central theoretical question for Marshall was what effect the rights of citizenship would have on the persistence of social inequality. *See generally* MARSHALL, *supra* note 55. This question has likewise informed the work of the above-cited analysts.

<sup>61</sup> *See generally* CHARLES LUND BLACK, *STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW* 33-66 (1969) [hereinafter BLACK, *STRUCTURED RELATIONSHIP*]. As Black writes:

[W]e would be wrong not to see in the work of the Warren Court... an affirmation—the strongest by a very long interval, in our whole history—of the positive content and worth of American citizenship... First, citizenship is the right to be heard and counted on public affairs, the right to vote on equal terms, to speak, and to hold office when legitimately chosen... Second, citizenship means the right to be treated fairly when one is the object of action by that government of which one is also a part... Thirdly, citizenship is the broad right to lead a *private* life... [Finally, the *Warren Court*] affirmed, as no Court before it ever did, that this three-fold citizenship is to be enjoyed in all its parts without respect to race.

Charles L. Black, *The Unfinished Business of the Warren Court*, 46 *WASH. L. REV.* 3, 8-10 (1970) [hereinafter Black, *The Unfinished Business*]. *See also* KENNETH KARST, *BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION* (1989).

This use of the term «citizenship» in contemporary legal scholarship is not widespread; most analysts use the term to refer to formal legal status. *But see* Dorothy Roberts, *Welfare and the Problem of Black Citizenship*, 105 *YALE L. REV.* 1563, 1602 (1996) (asking «[0]n what terms can Blacks in America become full citizens in the next century»).

<sup>62</sup> SHKLAR, *supra* note 8; *see also* ROGERS M. SMITH, *CIVIC IDEALS: CONFLICTING VISIONS OF CITIZENSHIP IN U.S. HISTORY* (1998).

In Marshallian terms, the concerns of Black, Karst, and Smith could be said to remain largely within the realm that Marshall called «civil rights». The attention to employment rights as an indispensable element of citizenship by Shklar and, more recently, by Karst, bring them closer to Marshall's concerns with what he called «social rights». *See* Kenneth L. Karst, *The Coming Crisis of Work in Constitutional Perspective*, 82 *CORNELL L. REV.* 523 (1997).

<sup>63</sup> While relying on the notion of citizenship to designate full and equal membership, the authors paid virtually no attention to the question of how this usage should be read to affect persons who lacked formal citizenship status in the political community. Black provides an exception. He wrote: «I must also say that I use the word 'citizen' hesitatingly. In

Despite their different disciplinary approaches, both the Marshallian and Black-Shklar traditions share a broadly common vision of citizenship—one that we today tend to identify as liberal or liberal-democratic in character.<sup>64</sup> In this vision, it is the full and equal enjoyment by individuals of formal recognition and rights (however precisely these rights are defined) that is the necessary condition of citizenship.

But recognition by, and rights against, *whom*? Any theory of citizenship, or «full community membership», in Marshall's terms,<sup>65</sup> obviously requires an account of what sort of institutional entity an individual is to be a citizen or member *of*. And where rights define citizenship, the theory requires an account of what sort of institutional entity the individual's rights claims are to be directed against and what sort of entity is to guarantee those rights.

These are questions that are rarely addressed explicitly in the literature, no doubt because the answer to them seems entirely self-evident: both rights-based traditions routinely assume that the site of citizenship is the national society, and that the national state is both the source and guarantor of rights. Marshall draws on English history for his historical account of the evolution of citizenship rights during the past three centuries, but he seems to presume that this development will be applicable to other national, capitalist societies. Some of Marshall's contemporary followers have criticized this ethnocentric premise, but they too assume that rights-based membership is fought for and enacted in the context of the nation-state.<sup>66</sup> In the Black-Shklar tradition, attention is expressly focused on the scope and meaning of citizenship in one particular national political context, that of

---

the end, I think it will be possible to show that... inference of rights from citizenship need not put the lawfully resident alien at any serious disadvantage». BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP, *supra* note 60, at 52- 53. See also Black, *The Unfinished Business*, *supra* note 60, at 10. Gerald Neuman criticized Judith Shklar's usage of the term to designate full membership rights on the grounds that it implicitly serves to exclude aliens from the domain of normative concern. See Gerald L. Neuman, *Rhetorical Slavery, Rhetorical Citizenship*, 90 MICH. L. REV. 1276 (1992). I make a similar argument about the citizenship-as-rights tradition. See Bosniak, *The Citizenship of Aliens*, *supra* note 11.

<sup>64</sup> Some would characterize Marshall's approach as social-democratic, but it is fairly described as liberal as well given its preoccupation with rights and entitlements. See, e.g., THE CITIZENSHIP DEBATES (Gershon Shafir ed., 1998).

<sup>65</sup> MARSHALL, *supra* note 55, at 77.

<sup>66</sup> See, e.g., Michael Mann, *Ruling Class Strategies and Citizenship*, in *CITIZENSHIP TODAY: THE CONTEMPORARY RELEVANCE OF T.H. MARSHALL* 125-44 (Martin Bulmer & Anthony M. Rees eds., 1996) (criticizing Marshall's «Anglophile» model).



the United States. In each case, there is never any question that citizenship is a nationally-framed endeavor.

When citizenship is understood of as the enjoyment of rights, treating the nation-state as the locus of citizenship obviously makes a great deal of sense. In the contemporary world, nation-states define the nature and scope of most rights, as well as enforce them.<sup>67</sup> Nonetheless, states can no longer be said to be the sole source of existing positive rights. As is well-known, in the post- World War II period, a sizable human rights regime, or set of regimes, have taken shape at the international level which are designed to implement standards, set out in a variety of multilateral agreements, for the treatment of individuals by states.<sup>68</sup> These standards, which encompass civil, social, and sometimes cultural rights, represent an alternative source of rights which transcends the jurisdiction of individual nation-states.

Some scholars have recently begun to characterize the rights guaranteed under the international human rights regime as representing a burgeoning form of citizenship-beyond-the-nation. Soysal, for example, contends that the postwar era has witnessed a «breakdown of the link between the national community and rights», giving rise to the development of a new «postnational» form of citizenship.<sup>69</sup> Political theorist Rainer Baubock has similarly asserted that «human rights are the cornerstone as well as the most extended application of a transnational conception of citizenship».<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> See DAVID HELD, *DEMOCRACY AND THE GLOBAL ORDER: FROM THE MODERN STATE TO COSMOPOLITAN GOVERNANCE* 223 (1995) («In modern times, rights have nearly everywhere been enshrined effectively within the institutions of nation-states. To the extent that certain types of rights have become more-or-less commonplace, this has been the result of processes which have spread with the form of the modern nation-state itself...»).

<sup>68</sup> Recently, commentators have urged that international law recognize the rights of cultural minority groups as well as of individuals. See, e.g., WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* (1995). For now, however, the human rights regime is largely concerned with the status of individuals rather than cultural groups. *Id.*

<sup>69</sup> Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 512.

<sup>70</sup> BAUBOCK, *supra* note 43, at 240. Baubock also writes, however, that «[s]tronger enforcement of human rights by international agencies should not be seen as a move toward 'global citizenship' but it could be characterized as the quest for a 'polity of polities.'» *Id.* at 248. See also Geraint Parry, *Paths to Citizenship*, in *THE FRONTIERS OF CITIZENSHIP* 179 (Ursula Vogel & Michael Moran eds, 1991) (endorsing proposals for «transnational 'citizenship'» based on the «universalizing tendency of rights theory»); HEATER, *supra* note 4, at 258-59 («There are many circumstances in which the individual can be deemed to be appealing to his rights *qua* world citizen when his rights *qua* national citizen have



Does it make sense to view the growing international human rights regime as a nascent form of citizenship beyond the nation? It seems indisputable that «the acceleration of globalization has led to pressures to entrench significant ‘citizenship rights’ within frameworks of international law», as one analyst has written,<sup>71</sup> but does that mean that citizenship itself is becoming transnational? Or is citizenship (read as an inherently national project) suffering *displacement* by the norms of universal personhood associated with the international human rights regime, as some commentators have contended?<sup>72</sup> One difficulty with the claim that citizenship is becoming transnationalized is that it risks overstating the degree to which the international human rights regime actually protects the individual. The rights guaranteed under the regime are not self-executing; they are made available to individuals only by way of their states, which must have affirmatively assumed obligations to enforce them under the various human rights treaties.<sup>73</sup> Moreover, even where states have become parties to an agreement, any transnational or postnational citizenship that this could be said to entail for the individual is arguably more symbolic than real given the serious constraints individuals ordinarily face in enforcing their rights. As commentators have frequently emphasized, the agreements go to great lengths to protect the sovereignty of the state parties from outside

---

been circumscribed by his own state»); Held, *supra* note 20, at 10, 24-25 («The historical moment seems to have passed for trying to define citizens’ claims and entitlements in terms of membership of a *national* community»). (emphasis in original).

<sup>71</sup> HELD, *supra* note 66, at 223.

<sup>72</sup> Some analysts concur with the exponents of post/transnational citizenship that the norms of universal personhood associated with the international human rights regime have become increasingly important in organizing national and international public life, but they argue that this development reflects a *decline or devaluation* of citizenship—rather than a form of post/transnational citizenship. See, e.g., DAVID JACOBSEN, *RIGHTS ACROSS BORDERS: IMMIGRATION AND THE DECLINE OF CITIZENSHIP* (1996); SASSEN, *supra* note 58, at 89 («Human rights override... distinctions [of nationality] and hence can be seen as potentially contesting state sovereignty and devaluing citizenship»). In this approach, citizenship is an intrinsically national enterprise; and the increasing salience of personhood norms represent *not* a novel species of citizenship, but a loss of the possibility of citizenship altogether.

<sup>73</sup> In principle, international human rights conventions leave the task of directly enforcing their standards to the states parties to them, which are expected to enact the necessary legislation and other measures». HUMAN RIGHTS IN THE WORLD COMMUNITY: ISSUES AND ACTION 186 (Richard Pierre Claude & Burns H. Weston eds., 1989). To date, many of the major human rights instruments have yet to be embraced by many of the world’s major nation-states.

interference;<sup>74</sup> and with the exception of the European Court of Human Rights,<sup>75</sup> there is no transnational body that can ensure states' compliance with major human rights norms.<sup>76</sup>

This is not to say that symbolism is unimportant. Human rights have come to provide a vocabulary for making moral claims;<sup>77</sup> this vocabulary «structures the space within which we converse, internationally, about constructing a moral order of global scope».<sup>78</sup> The rhetorical legitimacy now afforded to many human rights claims affords a kind of transnational «recognition»<sup>79</sup> to individuals irrespective of their national ties—a recognition which may be experienced by some as a kind of membership, or

---

<sup>74</sup> *E.g.*, RICHARD FALK, REVITALIZING INTERNATIONAL LAW 199 (1989) («[T]here persists a statist conception of rights. Their content and character are specified by governments, and those who are targets of governmental abuse have little international recourse to relief»). [hereinafter INTERNATIONAL LAW]. *See also* RICHARD FALK, HUMAN RIGHTS AND STATE SOVEREIGNTY (1981) [hereinafter HUMAN RIGHTS]; VINCENT, *infra* note 79, at 105 («[H]uman rights institutions are unreliable indicators of commitment to human rights in practice»).

<sup>75</sup> The European Court of Justice has held that nationals of Member States of the European Community can enforce human rights specified in the European Convention on Human rights in national courts, even against their own government. Case 26/62, *NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, 1963 E.C.K.

I. «The Court has also elaborated a system of constitutional general principles which must be observed within the Community legal order». HALL, *supra* note 30, at 3.

<sup>76</sup> *See, e.g.*, LOUIS HENKIN, THE AGE OF RIGHTS 23 (1990) (comparing the European human rights system, which «can claim dramatic successes», with the United Nations system where «[t]he establishment of even a 'toothless' office such as a UN High Commissioner for Human Rights has been strenuously (and to date successfully) resisted»). Rainer Baubock recognizes that a «claim for citizenship rights always implies an appeal directed towards political institutions which could enforce the right». BAUBOCK, *supra* note 43, at 247. He suggests that viewing human rights as transnational citizenship ultimately entails a conception of a transnational polity equipped to enforce them and to ground political membership more broadly. *Id.* at 248.

<sup>77</sup> *See* John Gerard Ruggie, *Human Rights and the Future International Community*, 112 DAEDALUS 93 (1983); *see also* R.J. Vincent, *The Idea of Rights in International Ethics*, in TRADITIONS OF INTERNATIONAL ETHICS 250, 267 (Terry Nardin & David R. Mapel eds., 1992) («[H]uman rights... have become a kind of *lingua franca* of ethics talk so that much of the discussion about ethics in international relations takes place using the vocabulary of rights...»).

<sup>78</sup> V. Spike Peterson, *Whose Rights? A Critique of the «Givens» in Human Rights Discourse*, 15 ALTERNATIVES 303, 304 (1990).

<sup>79</sup> Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in MULTICULTURALISM EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 25 (Amy Gutmann ed., 1994).

citizenship, in a new global moral order.<sup>80</sup> But note that here, citizenship is defined not so much by the existence of the rights themselves as by the universalist sentiment their existence arouses.<sup>81</sup>

Of course, if the notion of postnational citizenship *qua* international human rights seems implausible, some would argue that the problem lies with defining citizenship in terms of the possession of rights to begin with. In recent years, many theorists of citizenship have criticized the liberal rights-based model on various grounds.<sup>82</sup> It is overly passive and formal,<sup>83</sup> many contend, and excessively individualistic and/or ethnocentric as well.<sup>84</sup> Presumably, in this view, characterizing the internationalization of human rights as a form of postnational citizenship simply reproduces liberalism's errors at a broader level of generality.

I agree that rights alone cannot define the meaning of citizenship. Yet rights are unlikely to be excised from our conception of citizenship altogether (nor should they be); they remain too integral a part of our political culture.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> Others, however, have argued that the growing legitimacy of international human rights in this century has served to «consolidat[e] the state rather than transcend[] it». R.J. VINCENT, *HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL RELATIONS* 151 (1986). For a similar point, see, e.g., John Boli-Bennett, *Human Rights or State Expansion? Cross-National Definitions of Constitutional Rights*, in *GLOBAL HUMAN RIGHTS, PUBLIC POLICIES, COMPARATIVE MEASURES AND NGO STRATEGIES 1870-1970* (Ved P. Nanda et al. 1980).

<sup>81</sup> This is a sentiment not unlike the cosmopolitan vision that Nussbaum defended. See *also supra* notes 1-5.

<sup>82</sup> See Will Kymlicka and Wayne Norman, *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, 104 *ETHICS* 352, 355 (1994). These critiques are directed to liberal conceptions of political life in general, and are often advanced by theorists espousing civic republican or communitarian conceptions in their stead. For a discussion of civic republican conceptions of citizenship, see Section I C, *infra*.

<sup>83</sup> E.g., BENJAMIN BARBER, *STRONG DEMOCRACY: PARTICIPATORY POLITICS FOR A NEW AGE* (1984); MICHAEL J. SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY* (1996) [hereinafter SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT*]; Chantal Mouffe, *Democratic Citizenship and the Political Community*, in *DIMENSIONS OF RADICAL DEMOCRACY* 225 (Chantal Mouffe ed., 1992); Charles Taylor, *Cross Purposes: The Liberal-Communitarian Debate*, in *LIBERALISM AND THE MORAL LIFE*, 159 (Nancy L. Rosenblum ed., 1989); Sheldon Wolin, *What Revolutionary Action Means Today*, in *DIMENSIONS OF RADICAL DEMOCRACY*, *supra*, at 240.

<sup>84</sup> E.g., Iris Marion Young, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, 99 *ETHICS* 250 (1989); WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP* (1995); Bhikhu Parekh, *British Citizenship and Cultural Difference*, in *CITIZENSHIP*, *supra* note 20, at 183.

<sup>85</sup> There is little question that «[t]he nation's basic political vocabulary is the language of rights», RONALD TERCHEK, *REPUBLICAN PARADOXES AND LIBERAL ANXIETIES* 22 (1997). Fur-

Assuming that the enjoyment of rights is to remain one aspect of what we understand citizenship to be, it seems fair to conclude that the national grip on citizenship in this particular aspect has been substantially loosened. It is clearly a significant development in the history of claims-making<sup>86</sup> that individuals may today reach beyond state law to press their claims of right against the state itself. On the other hand, there remain serious questions about the extent to which this development signals a transfer in the locus of citizenship given the lack of existing enforcement mechanisms that can give real effect to these claims. In either case, it bears reminding that rights are not the sole measure of citizenship, and that we need to look beyond rights-based conceptions to inquire about the denationalization of citizenship in its other dimensions.

### C. *Citizenship as Political Activity*

As political theorists use the term, «citizenship» most commonly denotes active engagement in the life of the political community. This political understanding of citizenship derives from the ancient Greeks. According to Aristotle, the citizen is «one who participates in the rights of judging and governing»;<sup>87</sup> he is a man who both rules and is ruled.<sup>88</sup> The tradition was elaborated by later figures, including Machiavelli and Rousseau,<sup>89</sup> and had a critical role in shaping both U.S. and French revolutionary thought.<sup>90</sup>

---

thermore, as I see it, the language of rights provides the potential for emancipatory political practice. For a recent volume addressing the debates over rights in political and legal thought, see *IDENTITIES, POLITICS AND RIGHTS* (Austin Sarat et al. eds., 1995).

<sup>86</sup> I borrow this term from Soysal. See Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 509.

<sup>87</sup> SIR ERNEST BARKER, *THE POLITICAL THOUGHT OF PLATO AND ARISTOTLE* 294 (1959).

<sup>88</sup> ARISTOTLE, *THE POLITICS*, Bk. 3, Ch. 1, at 4 (Carnes Lord trans., 1984). See also J.G.A. Pocock, *The Ideal of Citizenship Since Classical Times*, in *THE CITIZENSHIP DEBATES*, *supra* note 63, at 32-33.

Note that the classical Athenian citizen ruled not merely over other citizens (by whom he was also ruled), but also over «things and others in the household», including women. *Id.* at 35. For an analysis of the intrinsically masculinist and elitist understanding of citizenship that prevailed among the ancients, see *id.*; JEAN BETHKE ELSHTAIN, *PUBLIC MAN, PRIVATE WOMAN* (1981).

<sup>89</sup> See generally J.G.A. POCOCK, *THE MACHIAVELLIAN MOMENT* (1975); I QUENTIN SKINNER, *FOUNDATIONS OF MODERN POLITICAL THOUGHT* (1975); ADRIEN OLDFIELD, *CITIZENSHIP AND COMMUNITY: CIVIC REPUBLICANISM AND THE MODERN WORLD* (1990).

<sup>90</sup> Regarding the influence of republicanism in American revolutionary thought, see GORDON S. WOOD, *THE RADICALISM OF THE AMERICAN REVOLUTION* 95-225 (1992). In France,

In this century, Arendt's work is closely associated with the political conception of citizenship.<sup>91</sup> Yet on the whole, the tradition of «high citizenship»<sup>92</sup> lay dormant, having been supplanted by liberal conceptions largely concerned with the rights and status of individuals.<sup>93</sup> In the past two decades, however, civic republican theory has made a comeback in the academy, bringing with it a revitalized interest in citizenship's political dimension.<sup>94</sup> Somewhat earlier, proponents of participatory democracy began encouraging a focus on active, engaged citizenship, and their efforts continue today.<sup>95</sup> Altogether, the renewed attention now being paid to political understandings of citizenship is probably more responsible than any other factor for fueling the renaissance in citizenship studies in recent years.

Civic republicans and participatory democrats often speak of citizenship in descriptive terms to characterize the degree and nature of public involve-

---

republican thought took concrete political form in the ideology of the Jacobins, for whom citizenship entailed «a rigorous commitment to political (and military) activity on behalf of the community». Walzer, *Citizenship*, *supra* note 4, at 211.

<sup>91</sup> See generally HANNAH ARENDT, *THE HUMAN CONDITION* (1958); see also Maurizio Passerin d'Entreves, *Hannah Arendt and the Idea of Citizenship*, in *DIMENSIONS OF RADICAL DEMOCRACY*, *supra* note 82, at 145.

<sup>92</sup> Richard E. Flathman, *Citizenship and Authority: A Chastened View of Citizenship*, in *THEORIZING CITIZENSHIP* 108 (Ronald Beiner ed., 1995).

<sup>93</sup> Pocock usefully shows how the liberal conception of citizenship finds its source in the ancients as well: Specifically, it emerged during the Roman Empire, where «[a] citizen came to mean someone free to act by law, free to ask and expect the law's protection... Citizenship ha[d] become a legal status, carrying with it rights to certain things». Pocock, *supra* note 87, at 37. «Here», Pocock writes, «we move from the citizen as a political being to the citizen as a legal being, existing in a world of persons, actions and things regulated by law». *Id.* at 36. In this view, as Walzer puts it, «the citizen is not himself an authority; rather, he is someone to whose protection the authorities are committed». Walzer, *Citizenship*, *supra* note 4, at 215.

<sup>94</sup> See BENJAMIN BARBER, *STRONG DEMOCRACY* (1984); CAROLE PATEMAN, *THE PROBLEM OF DEMOCRATIC THEORY: A CRITICAL ANALYSIS OF LIBERAL THEORY* (1979); SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT*, *supra* note 82; BEINER, *supra* note 16; OLDFIELD, *supra* note 88.

<sup>95</sup> See CAROLE PATEMAN, *PARTICIPATION AND DEMOCRATIC THEORY* (1970); see also Sheldon Wolin, *What Revolutionary Action Means Today*, in *DIMENSIONS OF RADICAL DEMOCRACY*, *supra* note 82, at 240, 242 (urging a «democratic conception of citizenship» according to which «the citizen is supposed to exercise his rights to advance or protect the kind of polity that depends on his being involved in its common concerns»); DAVID HELD, *MODELS OF DEMOCRACY* (1987); Chantal Mouffe, *Democratic Citizenship and the Political Community*, in *DIMENSIONS OF RADICAL DEMOCRACY*, *supra* note 82, at 225.

ment by members of a polity. Just as often, however, they deploy the term as a normative ideal.<sup>96</sup> As one republican theorist recently wrote, citizenship is, ideally, «active membership in a political community where the very fact of such membership empowers those included in it to contribute to the shaping of a shared collective destiny».<sup>97</sup> In this usage, citizenship is a state of being that is «not just a means to being free; it is the way of being free itself».<sup>98</sup> And it is a way of being free in a collective form.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Civic republicans and participatory democrats are not alone in employing the concept of citizenship as a descriptive term to denote political activity and participation. Liberal thinkers sometimes invoke the concept of citizenship for this purpose as well. What distinguishes republicans and participatory democrats from liberals is that the former additionally regard active engagement in political life as a core normative ideal.

<sup>97</sup> BEINER, *supra* note 16, at 105.

<sup>98</sup> Pocock, *supra* note 87, at 34. See also Walzer, *Citizenship*, *supra* note 4, at 212 (describing Rousseau's view that «the republic would be successful only if each citizen found the great proportion of his happiness in public rather than in private activity»).

Note, however, that while both civic republicans and participatory democrats share a desire to revalue political activity and engagement, they do not see eye-to-eye on all issues. Participatory democrats are often particularly wary of republicanism:

There are indeed serious problems with the liberal conception of citizenship but we must be aware of the shortcomings of the civic republican solutions, too. It does provide us with a view of citizenship much richer than the liberal one, and its conception of politics as the realm where we can recognize ourselves as participants in a political community has obvious appeal for the critics of liberal individualism. Nevertheless there is a real danger of coming back to a pre-modern view of politics, which does not acknowledge the novelty of modern democracy and the crucial contribution of liberalism. The defense of pluralism, the ideal of individual liberty, the separation of church and state, the development of civil society, all these are constitutive of modern democratic politics. They require that a distinction be made between the private and the public domain, the realm of morality and the realm of politics. Contrary to what some communitarians propose, a modern democratic political community cannot be organized around a single substantive ideal of the common good. The recovery of a strong participatory idea of citizenship should not be made at the cost of sacrificing individual liberty.

Mouffe, *supra* note 94, at 227.

<sup>99</sup> Cf. Adrien Oldfield, *Citizenship and Community*, in *THE CITIZENSHIP DEBATES*, *supra* note 63, at 79 («Civic republicanism... holds that political life—the life of a citizen—is not only the most inclusive, but also the highest, form of human living-together that most individuals can aspire to...»). See also Mouffe, *supra* note 94, at 238 («By combining the ideal of rights and pluralism with the ideas of public spiritedness and ethico-political concern, a new modern democratic conception of citizenship could restore dignity to the political and provide the vehicle for the construction of a radical democratic hegemony»); BENJAMIN BARBER, *THE CONQUEST OF POLITICS* 200-01 (1988) («The most important fact about citizens is that they are defined by membership in a political community and enact

But what sort of collectivity do republicans and participatory democrats imagine will serve as the site of citizenship? A *political* collectivity, or community, to be sure; but of precisely what nature?<sup>100</sup> At its inception, citizenship was understood to be located within the Greek city-state; in Roman times, its site was the empire. In the modern age, however, the territorial nation-state became the paradigmatic political community, and citizenship today is almost invariably presumed to be a creature of such an entity. More often than not, the national premise framing the republican or participatory democratic projects is regarded as entirely self-evident and remains unspecified.<sup>101</sup> But it is not uncommon for theorists to employ the terms «state» and «political community» interchangeably,<sup>102</sup> and a few theorists affirmatively identify the nation-state as the necessary and appropriate locus of citizenship.<sup>103</sup>

In recent years, however, dissenting voices have increasingly challenged the nationalist and statist premises that characterize this work. On one side, commentators have invoked the concept of «local citizenship» as a preferred alternative. Local citizenship—often at the municipal level—is sometimes portrayed as the fulfillment of the republican ideal, entailing the face-to-face contact and common experience and interests among community members necessary to enable true collective action.<sup>104</sup> In more functional terms, local

---

their civic identities only to the extent that they interact with other citizens in a mutualistic and common manner... [I]n assuming the mantle of citizenship, the I becomes a We»).

<sup>100</sup> See generally Walzer, *Citizenship*, *supra* note 4, at 212 («Only the political community provides a suitable arena for [the] ethical self-creation» entailed in citizenship). For further discussion as to precisely what constitutes the domain of the «political», see discussion accompanying *infra* notes 114-25.

<sup>101</sup> It was not always so. For a discussion of the «democratic transformation» in which «the idea of democracy was transferred from the city-state to the much larger scale of the nation-state», see ROBERT DAHL, *DEMOCRACY AND ITS CRITICS* 2 (1989).

<sup>102</sup> E.g., BEINER, *supra* note 16, at 107.

<sup>103</sup> See, e.g., *id.* at 11-14; George Armstrong Kelly, *Who Needs A Theory of Citizenship?* 108 *DAEDALUS*, Fall 1979, at 21-36; *DIVERSITY AND CITIZENSHIP: REDISCOVERING AMERICAN NATIONHOOD* (Gary Jeffrey Jacobsohn & Susan Dunn eds., 1996).

<sup>104</sup> E.g., Warren Magnusson, *The Reification of Political Community*, in *CONTENDING SOVEREIGNTIES: REDEFINING POLITICAL COMMUNITY* 46 (R.B.J. Walker & Saul H. Mendlovitz eds., 1990) [hereinafter *CONTENDING SOVEREIGNTIES*]:

As a venue for everyday life, [the locality] is the site for face-to-face contact, immediate economic and social relations, immediately shared experience and interests. It is on the scale that the Greeks imagined was necessary for politics: not so large as to be beyond the scope of ordinary citizens and not so small as to be absorbed into familial and neigh-



citizenship is said to combat the «widening sense of powerlessness» people experience in the face of economic and cultural globalization—an experience that reduces the «capacity of citizens to exercise control over matters of vital importance to them».<sup>105</sup>

On the other side, and more relevant here, analysts maintain that citizenship today increasingly traverses national boundaries. There is by now a burgeoning literature on «new transnational forms of political organization, mobilization, and practice»<sup>106</sup> which have emerged in the wake of accelerating processes of globalization. This work addresses the proliferation of transnational political activity in the form of non-governmental organizations (NGOs), grassroots social movements, and other cross-border organizing efforts in the areas, for example, of human rights, the environment, arms control, women's rights, labor rights, and the rights of national minorities.<sup>107</sup>

---

borly relations. It is, rather, of a scale that permits and demands politics as a collective activity involving relations among equals.

See also BENJAMIN BARBER, *STRONG DEMOCRACY: PARTICIPATORY DEMOCRACY FOR THE NEW AGE* (1984); JANE MANSBRIDGE, *BEYOND ADVERSARY DEMOCRACY* (1980).

<sup>105</sup> DAHL, *supra* note 100, at 319, 320, 321. Dahl proposes enhancing democratic life in smaller communities below the nation-state... [C]itizens can exercise significant control over decisions on the smaller scale of matters important in their daily lives: education, public health, town and city planning, the supply and quality of the local public sector, from streets and lighting to parks and playgrounds the like.

*Id.*

<sup>106</sup> Michael Peter Smith, *Can You Imagine? Transnational Migration and the Globalization of Grassroots Politics*, 39 *SOC. TEXT* 15 (1994).

<sup>107</sup> For a comprehensive study of this phenomenon, see MARGARET E. KECK AND KATHRYN SIKKINK, *ACTIVISTS BEYOND BORDERS: ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS* (1998) (describing such movements as «transnational value-based advocacy networks»). See also Magnusson, *supra* note 103; Andre Drainville, *Left Internationalism and the Politics of Resistance in the New World Order*, in *A NEW WORLD ORDER: GLOBAL TRANSFORMATION IN THE LATE TWENTIETH CENTURY* (David A. Smith & J. Borocz eds., 1995); Cecilia Lynch, *Social Movements and the Problem of Globalization*, 23 *ALTERNATIVES* 149 (1998); Paul Wapner, *Politics Beyond The State: Environmental Activism and World Civic Politics*, 47 *WORLD POL.* 311 (Apr. 1995); Peter Spiro, *New Global Communities: Nongovernmental Organizations in International Decision-Making Institutions*, 18 *WASH. Q.*, Winter 1995, at 45; JEREMY BRECHER & TIM COSTELLO, *GLOBAL VILLAGE OR GLOBAL PILLAGE: ECONOMIC RECONSTRUCTION FROM THE BOTTOM UP* 81- 118 (1994).

It should be noted that while much of the focus in the above sources is on the increasing transnationalization of progressive social movements, many right-wing movements can be described in these terms as well. See, e.g., Lynch, *supra*, at 150.



Several observers have characterized these practices as entailing the practice of citizenship beyond the nation. Richard Falk, for example, describes transnational activism as a mode of «global citizenship».<sup>108</sup> Warren Magnusson similarly points out that transnational social movements «involve people in active citizenship and thus lay claim to a political space that may or may not conform to the spaces allowed by the existing system of government».<sup>109</sup>

It seems reasonable to characterize the various practices described above as political in nature;<sup>110</sup> we could say they amount to «popular politics in its global dimension».<sup>111</sup> Yet, many would object to characterizing the activities of such movements as a form of citizenship. The principal objection to the claim would be that citizenship can only be meaningfully practiced within a distinct institutional context, that of the *political community*—a formal, organized, territorially-based community with some degree of sovereign selfgovernance.<sup>112</sup> These are requirements that participation in the largely anarchic international or global political arenas plainly cannot fulfill.<sup>113</sup> The nonexistence of an established global polity would seem, on

---

<sup>108</sup> Richard Falk, *The Making of Global Citizenship*, in GLOBAL VISIONS: BEYOND THE NEW WORLD ORDER 39 (Jeremy Brecher et al. eds., 1993).

<sup>109</sup> E.g., WARREN MAGNUSSON, THE SEARCH FOR POLITICAL SPACE 9-10 (1994).

<sup>110</sup> This is so at least to the extent politics is understood as an activity rather than a fixed domain. The distinction comes from Mary Dietz, who points out that Aristotle's concept of the political is interpreted in two different senses: some read him as treating politics as a distinct realm, while others take him to have been designating «a special kind of human activity». See Mary G. Dietz, *Citizenship With a Feminist Face: The Problem With Maternal Thinking*, in FEMINISM, THE PUBLIC AND THE PRIVATE 45, 53 (1998).

Theorists of high citizenship seem to approach citizenship as a mode of political activity. On the other hand, I argue in the text that they also ordinarily assume that this activity can only take place in a fixed domain—that of the state (usually the national state). For further discussion, see text accompanying notes 111-31, *infra*.

<sup>111</sup> Magnusson, *supra* note 103.

<sup>112</sup> See, e.g., Chandran Kukathas, *Liberalism, Communitarianism and Political Community*, 13 SOC. PHILOSOPHY & POL'Y. 80, 88 (1996) (arguing that a political community, as distinct from other forms of community, «has a territorial base», and that «[t]he most significant institution of a political community is its government»).

<sup>113</sup> R.B.J. Walker and Saul Mendlovitz write:

[T]he history of Western political thought has been written as a tale of two traditions. The most familiar part of the story is a celebration of the polis and, subsequently, of the state. It tells of the establishment of a secure basis for political community—and thus the possibility of freedom, industry, and progress—within states. The less familiar and less edi-

this view, to eliminate the possibility of citizenship beyond the nation-state altogether—the admirable political engagement of cross-border activists notwithstanding.

This state-centric approach to citizenship, as I have said, is widespread among proponents of republicanism and democratic citizenship.<sup>114</sup> One might respond, however, by invoking some of the rich anti-statist conceptions of the political that have been developed by political theorists in recent decades. Theorists on both the left and right have sought to reclaim domains of social life that are often excluded from conventional conceptions of the political as sites of citizenship. This literature urges recognition of citizenship and its practices in the workplace,<sup>115</sup> in the economy at large,<sup>116</sup> in the neighborhood, in the cultural domain, in professional associations, and in the family.<sup>117</sup> This is a pluralist conception of politics and of citizenship, one which rejects confining «the definition of political action to formal interactions between citizens and the state»,<sup>118</sup> and holds that citizenship is «rooted in the groups and communities within which human beings actually live».<sup>119</sup>

---

fying part tells us of the consequences of an absence of political community, and thus of mere relations, fragile accommodations, and, inevitably, war.

R.B.J. Walker & Saul Mendlovitz, *Interrogating State Sovereignty*, in *CONTENDING SOVEREIGNTIES*, *supra* note 103, at 4.

<sup>114</sup> See, e.g., BEINER, *supra* note 16. Note, however, that advocates of active citizenship don't necessarily treat citizenship as identical with statecraft. See Jeff Weintraub, *The Theory and Politics of the Public/Private Distinction*, in *PUBLIC AND PRIVATE IN THOUGHT IN PRACTICE I*, 10-16 (Jeff Weintraub & Krishnan Kumar eds., 1997) (pointing out that the civil republican tradition usually treats political community as distinct from the administrative state). I use the word «statist» to refer not to state administration but to modes of thought that treat the nation-state as the analytical and normative center of political life.

<sup>115</sup> PATEMAN, *supra* note 94, at 45-102; DAHL, *supra* note 100, at 324-32.

<sup>116</sup> See DAHL, *supra* note 100.

<sup>117</sup> CAROLE PATEMAN, *THE DISORDER OF WOMEN: DEMOCRACY, FEMINISM AND POLITICAL THEORY* (1989); Susan Moller Okin, *Women, Equality and Citizenship*, 99 *QUEENS Q.*, Spring 1992, at 56, 69 («Power (and therefore politics) exists in both domestic and non-domestic life»).

<sup>118</sup> Kathleen B. Jones, *Citizenship In a Woman-Friendly Polity*, in *THE CITIZENSHIP DEBATES*, *supra* note 63, at 233. See also Cass Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 *YALE L.J.* 1539, 1573 (1988) («Citizenship, understood in republican fashion, does not occur solely through official organs»).

<sup>119</sup> ROBERT NISBET, *THE TWILIGHT OF AUTHORITY* 286-87 (1975). See also PATEMAN, *supra* note 94, at 43 (the «participatory theory of democracy [rejects traditional democratic theory's] definition of the 'political,' which in the participatory theory is not confined to

Many of these alternative sites of political life have been characterized by scholars as constituting part of the domain of «civil society».<sup>120</sup> Though a contested concept itself, civil society is often described as the sphere of association or sociability—the sphere in which people engage with one another and forge «relational networks» independent of the demands of polity governance.<sup>121</sup> While some theorists presume or posit a contrast between the

---

the usual national or local government»); Wapner, *supra* note 106, at 339, («[P]olitics in its most general sense concerns the interface of power and what Cicero called *res publica*, the public domain. It is the employment of means to order, direct, and manage human behavior in matters of common concern and involvement. Generically, at least, this activity has nothing to do with government or the state»).

Among other things, civil society theorists reject the notion, central to civic republican and participatory democratic thought, that participation in the life of the demos is the highest human value. They seek to revalue participation in the multiple associations of civil society, including unions, churches, neighborhood associations, political parties, etc., in part because, as they plausibly argue, most people are *in fact* much more engaged in civil society than in the demos. As Michael Walzer writes, «despite the singlemindedness of republican ideology», active involvement in the state «isn't the 'real life' of very many people in the modern world... They have too many other things to worry about». Michael Walzer, *The Civil Society Argument*, in *DIMENSIONS OF RADICAL DEMOCRACY*, *supra* note 82, at 89, 92. Civil society theorists thus advance a pluralist conception of good, one in which participation in various sorts of communities is valuable in itself. However, civil society advocates diverge from the political pluralists described in the text in that they often maintain a statist conception of both politics and citizenship; they continue to treat both as entailing activity in the domain of the state. Walzer, for example, assumes that political activity is directed at «taking power», *id.* at 103, and defines citizenship as involvement in «the affairs of state». *Id.* at 105.

<sup>120</sup> The precise parameters and nature of the sphere of civil society are subject to much dispute. For example, most liberal theorists include the market within the sphere of civil society; civil society thus represents aspects of social life not encompassed by the state. Many leftidentified theorists, however, distinguish civil society from both the state and the economy in what one analyst has called a «three-part model» deriving from Gramsci. See Jean Cohen, *Interpreting the Notion of Civil Society*, in *TOWARD A GLOBAL CIVIL SOCIETY* 35, 36 (Michael Walzer ed., 1995).

At the same time, many civil society theorists exclude the family from the domain of civil society. Thus, civil society is understood to lie «in a conceptual space distinct from, and between, the state and the at least supposedly private sphere of the family and spousal arrangements and the like». Kai Nielson, *Reconceptualizing Civil Society For Now: Some Somewhat Gramscian Turnings*, in *TOWARD A GLOBAL CIVIL SOCIETY*, *supra*, at 41, 42. The «three-part model» described above, in contrast, includes the family within the realm of civil society. See Cohen, *supra*, at 37.

<sup>121</sup> For the «relational networks» phrase, see Walzer, *The Civil Society Argument*, *supra* note 118, at 89.

life people engage in within civil society and their practice of citizenship,<sup>122</sup> others increasingly recognize that politics is not confined to the domain of the state,<sup>123</sup> and that «citizenship shades off into a great diversity of (sometimes divisive) decision-making roles» within civil society.<sup>124</sup> The growth and influence of the «new social movements» are the most salient expression of this trend;<sup>125</sup> they represent the practice of citizenship in the heart of civil society.<sup>126</sup>

Most of the literature on civil society presumes, without discussion, that civil society is a nationally-demarcated space or set of relationships framed by the boundaries of the modern nation-state.<sup>127</sup> There is, however, a grow-

---

<sup>122</sup> See, e.g., Michael Walzer, *Introduction*, in *TOWARD A GLOBAL CIVIL SOCIETY*, *supra* note 119, at 1 (stating that civil society «incorporates many of the associations and identities that we value outside of, prior to, or in the shadow of state and citizenship»).

<sup>123</sup> Jean Cohen is one theorist who rejects those «model[s ] that oppose[] civil society to the state». See Cohen, *supra* note 119, at 35. Cohen urges a «politics of civil society [that] can try to change the institutions of civil society in a direction away from the hierarchical, inegalitarian, patriarchal, nationalist, racist versions toward egalitarian, horizontal, non-sexist, open versions based on the principles of individual rights and democratic participation in associations, and public». *Id.* at 36.

<sup>124</sup> Walzer, *The Civil Society Argument*, *supra* note 118, at 99. I find Walzer somewhat ambiguous on the question of the relationship between civil society and citizenship. On the one hand, he usually seems to equate citizenship with participation in governance at the level of the state, and contrasts citizenship to life in civil society. See *supra* text accompanying note 118. Occasionally, however, he seems to recognize that the concept of citizenship can be read to incorporate activism within the sphere of civil society, via «the associational networks of civil society, in unions, parties, movements, interest groups, and so on», and through «the new social movements in the East and the West—concerned with ecology, feminism, the rights of immigrant and national minorities, workplace and product safety». Walzer, *The Civil Society Argument*, *supra* note 118, at 99, 103. As he puts it, even when not participating in affairs of state, «people make many smaller decisions and shape to some degree the more distant determinations of state and economy». *Id.* at 99. He ultimately leaves open the question of whether the «local and small-scale activities [of civil society can] ever carry with them the honour of citizenship». *Id.* at 106.

<sup>125</sup> See SYDNEY TARROW, *POWER IN MOVEMENT: SOCIAL MOVEMENTS, COLLECTIVE ACTION AND POLITICS* 3-4 (1994) (defining social movements as «collective challenges by people with common purposes and solidarity in sustained interaction with elites, opponents and authorities»).

<sup>126</sup> See WARREN MAGNUSON, *THE SEARCH FOR POLITICAL SPACE* 9-10 (1994) («[Social] movements involve people in active citizenship and thus lay claim to a political space that may or may not conform to the spaces allowed by the existing system of government»).

<sup>127</sup> See, e.g., Walzer, *supra* note 121, at 3 («Civil society is usually thought to be contained within the framework of the state: it has the same boundaries as the political community»).

ing literature concerned with the development of what some have described as a nascent international or transnational civil society—an associational space, as Paul Wapner has written, which exists «above the individual and below the state, but also across national boundaries».<sup>128</sup> It is this domain of global civil society that serves as the site of the forms of transnational activism described above and which could be said to provide the locus for citizenship beyond the nation-state.<sup>129</sup>

To accept claims that transnational activism represents a form of citizenship beyond the nation-state thus requires accepting both an extra-statist view of citizenship, and the transnational civil society thesis. From a purist's perspective, doing this will be seen as taking us too far afield from the republican and participatory democratic traditions, which regard citizenship and polity as tightly bound-up together.<sup>130</sup> On the other hand, these approaches place engagement in public life at the center of their understand-

---

<sup>128</sup> See, e.g., Wapner, *supra* note 106, at 312-13 («Global civil society as such is that slice of associational life which exists above the individual and below the state, but also across national boundaries»).

<sup>129</sup> See, e.g., Michael Walzer, *Between Nation and World*, *Economist*, Sept. 11, 1993, at 49, 51 (describing emergence of an «international civil society»); RICHARD J. BARNET & JOHN CAVANAUGH, *GLOBAL DREAMS: IMPERIAL CORPORATIONS AND THE NEW WORLD ORDER* 429-30 (1993) («More and more people who are bypassed by the new world order are crafting their own strategies for survival and development, and in the process are spinning their own transnational webs to embrace and connect people across the world. On dreams of a global civilization that respects human diversity and values people one by one, a global civil society is beginning to take shape—mostly off camera»); RUTH LISTER, *CITIZENSHIP: FEMINIST PERSPECTIVES* 63 (1997) («[I]t is through international civil society that people can best act as global citizens»). See also Spiro, *The Citizenship Dilemma*, *supra* note 51, at 625-630; RONNIE D. LIPSCHUTZ, *GLOBAL CIVIL SOCIETY AND GLOBAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE* (1996).

Some scholars have sounded a more cautionary note, however, arguing that claims of an emerging global civil society may be premature. See M.J. Peterson, *Transnational Activity, International Society and World Politics*, 21 *MILLENNIUM* 371, 377 (1992); KECK & SIKKINK, *supra* note 106, at 32-34.

<sup>130</sup> As political theorist David Miller writes, the «citizenship» many now ascribe to activists' participation in transnational organizations like Greenpeace is simply «not citizenship in any recognizable sense». Miller asks:

In what sense is the Greenpeace activist a citizen? There is no determinate community with which she identifies politically, and no one, except perhaps other members of her group, with whom she stands in relations of reciprocity. So there is no group of fellow citizens with whom she is committed to seeking grounds of agreement.

David Miller, *The Left, the Nation State and European Citizenship*, *DISSSENT*, Summer 1998, at 49, 51.

ing of citizenship.<sup>131</sup> In this respect, one could argue that «transnational activism as transnational citizenship» fulfills the normative requirements of the theory of political citizenship very well. For here, citizenship does not suffer the thinness and passivity of status-based and rights-based conceptions; it is robust and engaged, reflecting «commitment to the common good and active participation in public affairs».<sup>132</sup> It is simply that the notions of «common good» and «public domain» are drawn more expansively than they usually are within the tradition.

#### *D. Citizenship as Identity/Solidarity*

Beyond citizenship as a status, as a set of entitlements, or as a mode of political participation and activity, citizenship possesses another dimension, one that concerns people's collective experience of themselves. I refer to citizenship's psychological dimension,<sup>133</sup> that part of citizenship that describes the affective ties of identification and solidarity that we maintain with groups of other people in the world. The term citizenship here is deployed to evoke the quality of belonging—the felt aspects of community membership.

Unlike the dimensions of citizenship outlined earlier, citizenship's affective dimension has not been associated with any particular political or disciplinary tradition. In fact, citizenship-as-identity, or citizenship-as-solidarity, is often approached as derivative of citizenship's other dimensions. The various discourses on citizenship status, rights, and politics all include attention to the emotive significance of this citizenship for the holder—the idea being that the way in which these institutions are organized all have a critical bearing on our sense of collective identity and on the solidarities that we maintain.

Yet the «feeling of citizenship»<sup>134</sup> that we experience is not merely a product of the ways in which citizenship is conceived and practiced in our legal and political worlds. The practice of citizenship is, in turn, shaped by

---

<sup>131</sup> Assuming, that is, that one's definition of civil society places it within the domain of the «public». See *supra* note 119 for a discussion on the ambiguities that arise on this question.

<sup>132</sup> RICHARD DAGGER, *CIVIC VIRTUES: RIGHTS, CITIZENSHIP AND REPUBLICAN LIBERALISM* 99 (1997).

<sup>133</sup> Carens, *supra* note 21, at 113.

<sup>134</sup> HEATER, *supra* note 4, at 182. See also Conover, *supra* note 22, at 134 (characterizing citizenship's «psychological meaning for the individual citizen» as his or her «sense of citizenship»).

the quality of our citizenly sentiment, which has independent sources in society and culture. Focusing on this sentiment and its sources is viewed by many analysts as necessary in order to understand how individuals who engage in the practices of citizenship are constituted as a self-identified people in the first instance. These scholars are concerned to investigate, in the words of one theorist, «the channels that connect personal identity to collective identity».<sup>135</sup>

But what is the nature of the collectivity in relation to which the feeling of citizenship is ordinarily experienced? Overwhelmingly, the literature on citizenship in its psychological dimension addresses the nature of the identifications and solidarities that individuals maintain with the nation-state and its members.<sup>136</sup> This is hardly surprising given the presumptive nationalism that informs most current thinking about citizenship and about political identity in general. There is nothing necessary about this nationalist presumption, of course: the affective aspect of citizenship, like citizenship's other dimensions, has not always been linked to the national polity.<sup>137</sup> In the present period, however, citizenship identities and solidarities are routinely treated as tantamount to national identities and solidarities. More often than not, work on the subject is reduced to the study of what we now call patriotism,<sup>138</sup> a term denoting identification with and loyalty to one's country and compatriots.

---

<sup>135</sup> WILLIAM E. CONNOLLY, *IDENTITY/DIFFERENCE: DEMOCRATIC NEGOTIATIONS OF POLITICAL PARADOX* 198 (1991).

<sup>136</sup> On this point, see WIENER, *supra* note 17, at 29. «Studies on citizenship have mostly referred to citizen identity by using the terms of 'national identity' or 'nationality,' that is, by simply adding either an adjective or replacing it with a noun to clarify its meaning... [Yet] belonging cannot be fixed. It is contested and reflects shifting patterns of identity». *Id.*

<sup>137</sup> Prior to the modern era, citizenship was understood to entail identity/solidarity with the city-state, or, alternatively, with cosmopolis (per the Stoics), or with Christendom at large. For an account of the emergence of nation-states as the central site of political identity in the modern, industrial era, see ERNEST GELLNER, *NATIONS AND NATIONALISM* (1983).

<sup>138</sup> But see Mary G. Dietz, *Patriotism*, in *POLITICAL INNOVATION AND CONCEPTUAL CHANGE*, *supra* note 4, at 177, for a fascinating conceptual history of the term, in which the author points out (among other things) that «patriotism» was understood at one time to refer not to identification and solidarity with the country, but to «opposition to the increasingly centralized state and the growing capitalist economic order». It was only in the late nineteenth century that «patriot rhetoric became increasingly assimilated into the emerging vocabulary of 'state' and 'nation,' and its central ideal underwent a transference to the national... doctrines of the modern age». *Id.* at 189.



The literature on patriotism —on its incidence and its character— is both substantial and varied, and there are important differences among analysts' accounts of patriotic feeling.<sup>139</sup> Nevertheless, the very notion of patriotism takes as given that members of the nation experience themselves as part of a collective whole, part of a shared national culture or project. As Charles Taylor has written, patriotism is «strong citizen identification around a sense of common good» among members of a republic.<sup>140</sup>

But to what extent do people, in fact, maintain such identifications? Some scholars concerned with citizenship have begun to question the presumption that national identity fundamentally characterizes people's sense of citizenship in liberal democratic nation-states. They point out that people often maintain greater allegiances to and identifications with particular cultural and social groups within the nation than they do with the nation at large.<sup>141</sup> Some further charge that the very notion of a common national identity is a chimera, one dependent upon the suppression and marginalization of social and cultural difference.<sup>142</sup> These and other critics have called for recognition of a «differentiated citizenship»,<sup>143</sup> according to which «members of certain groups would be incorporated into the political community not only as individuals but also through the [cultural] group».<sup>144</sup>

---

<sup>139</sup> For a handful of recent discussions of the subject, see Taylor, *supra* note 82, at 170, 173 (arguing that «the essential condition of a free (nondespotic) regime» is «strong citizen identification around a sense of common good», which Taylor calls «patriotism»). See also GEORGE FLETCHER, *LOYALTY* (1993) (treating political loyalty as tantamount to loyalty to nation, or patriotism); Stephen Nathanson, *In Defense of 'Moderate Patriotism,'* 99 *ETHICS* 535 (1989); Paul Gomberg, *Patriotism Is Like Racism,* 101 *ETHICS* 144 (1990).

<sup>140</sup> Taylor, *supra* note 82, at 173.

<sup>141</sup> Young, *supra* note 83. Young defines a social group as involving: an affinity with other persons by which they identify with one another, and by which other people identify them. A person's particular sense of history, understanding of social relations and personal possibilities, his or her mode of reasoning, values and expressive styles are constituted at least partly by her or his group identity. *Id.* at 259.

<sup>142</sup> *Id.*; Marilyn Friedman, *Feminism and Modern Friendship: Dislocating the Community,* 99 *ETHICS* 275 (1989).

<sup>143</sup> Young, *supra* note 83, at 251.

<sup>144</sup> Kymlicka & Norman, *supra* note 81, at 370. See also Conover, *supra* note 22, at 139 (writing that a differentiated citizenship would replace both the I-identities of liberal theory and the we-identities of communitarian thought with citizen identities that are still we-identities, but the 'we' would not longer be the single 'we' defined by the entire political community; it would, instead, be many different 'we's' defined by the various social



This «cultural pluralist», or multiculturalist position on citizenship,<sup>145</sup> offers a powerful challenge to the default presumption in much political and social theory that people's foremost collective identifications and solidarities are going to be bound up with the state or with their compatriots at large.<sup>146</sup> Yet its departure from the nationalist vision of citizenship is only partial. For despite their critique of a presumed national identity, cultural pluralists continue to posit the nation-state as the discussion's normative frame. The social and cultural groups that are said to ground people's fundamental identifications and solidarities are presumed to be constituent parts of a national civil society.<sup>147</sup> And when proponents propose «democratizing the public sphere» by taking into account the identities and perspectives of excluded social groups via modes of group representation,<sup>148</sup> the public sphere they have in mind is a national one.<sup>149</sup> While cultural pluralists reject the presumption of citizenship identity as unitary, in this respect they continue to regard its fragments as situated within national boundaries.

This (often-unspoken) nationalist presumption in the pluralist literature has itself been subject to challenge by some analysts concerned with citizenship identity and solidarity. These analysts have begun to stress the «rise of transnational identities» among increasing numbers of people in the current period.<sup>150</sup> They invoke the notions of global or transnational or postnational

---

groups that populate the region between the individual and the political community as a whole).

<sup>145</sup> Kymlicka & Norman, *supra* note 81, at 370 («cultural pluralist»); JEFF SPINNER-HALEV, *THE BOUNDARIES OF CITIZENSHIP: RACE, ETHNICITY, AND NATIONALITY IN THE LIBERAL STATE* («multiculturalist»).

<sup>146</sup> For critiques of the position, see SPINNER-HALEV, *supra* note 144.

<sup>147</sup> See, e.g., Walzer, *supra* note 121, at 3 («Civil society is usually thought to be contained within the framework of the state: it has the same boundaries as the political community»); Maria de los Angeles Torres, *Transnational Political and Cultural Identities: Crossing Theoretical Borders*, in *BORDERLESS BORDERS: U.S. LATINOS, LATIN AMERICANS AND THE PARADOX OF INTERDEPENDENCE* 169, 181 (Frank Bonilla et al. eds., 1998) («[T]he multicultural paradigm in its first instance proposed a transformation of the public space within the confines of the nationstate, leaving unchallenged the notion of the nation-state itself»).

<sup>148</sup> Young, *supra* note 83. See also KYMLICKA, *supra* note 67, at 131-51 (advocating forms of group representation to ensure a voice for minorities).

<sup>149</sup> For Young, this conception is implicit. Kymlicka makes his view plain, however. See KYMLICKA, *supra* note 67, at 194 (arguing that «political life has an inescapably national dimension»).

<sup>150</sup> Torres, *supra* note 146. See also Robin Cohen, *Diasporas and the Nation-State: From Victims to Challenges*, 72 INT'L AFF. 507, 517 (1996) («[N]ational identities are under

citizenship to characterize the collective identifications and commitments that people maintain with others across national boundaries.<sup>151</sup> As they see it, «the nation-state is by no means the only game in town as far as translocal loyalties are concerned».<sup>152</sup>

The transnationalized citizenship identity claim takes several forms. One common version points to the growing sense of European-wide citizenship—sometimes called a «Euro-consciousness»—said to be developing as part of the European Union’s integration process.<sup>153</sup> The development of such identities has been characterized by some as signaling the denationalization of citizenship identities more generally. As one prominent sociologist recently wrote: «There is a growing cultural awareness of a ‘European identity’ which challenges nationalistic conceptions of political citizenship».<sup>154</sup>

In another version, the focus is on the affective connections that people establish and maintain with one another in the context of a burgeoning transnational civil society.<sup>155</sup> Citizenship here is said to reside in identities and commitments that arise out of cross-border affiliations of various kinds, especially those associated with oppositional political and social movements.<sup>156</sup> Some commentators have described the emergence of new forms

---

challenge from de-territorialized social identities»); Thomas M. Franck, *Community Based on Autonomy*, 36 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 41, 43 (1997) («Dramatically multiplied transnational contacts at all levels of society have not only resulted in a greater awareness of the global context, but also have created new commonalities of identity that cut across national borders and challenge governments at the level of individual loyalties»).

<sup>151</sup> Torres, *supra* note 146, at 182.

<sup>152</sup> ARJUN APPADURAI, MODERNITY AT LARGE 165 (1996).

<sup>153</sup> Cf. Stephen Howe, *Citizenship In the New Europe: A Last Chance For the Enlightenment?* in CITIZENSHIP, *supra* note 20, at 123 (citing «Mikhail Gorbachev’s idea of the ‘common European home’»); Martin Kettle, *A Continent With An Identity Crisis*, in CITIZENSHIP, *supra* note 20, at 115, 117-18 (describing «rapid growth of a very positive though extremely inchoate sense of Europeanism, especially among young people and the well-educated», though ridiculing the notion that «Europe is now emerging into a wholly new identity, governed by peace, not war, and by common aspirations rather than sectional concerns»).

<sup>154</sup> Turner, *supra* note 20, at 157.

<sup>155</sup> See Cohen, *supra* note 119 (elaborating on the concept of a transnational civil society). See also discussion accompanying *supra* notes 126-28.

<sup>156</sup> According to Richard Falk, «the emergence of transnational activism» in the 1980s represented a form of global citizenship. In this conception, politics consist[s] more and more of acting to promote a certain kind of political consciousness transnationally that c[an] radiate influence in a variety of directions, including bouncing back to the point of origin. Amnesty International and Greenpeace are emblematic of this

of common identity within transnational corporate culture in the language of citizenship as well.<sup>157</sup>

Still another version of the claim invokes the development of transnational social and political communities arising from transborder migration as the basis for new forms of citizenship identity.<sup>158</sup> An important part of the account concerns the extent to which members of these communities maintain identifications and solidarities with one another across state-territorial divides. These people, as sociologist Alejandro Portes observes, «lead dual lives. Members are at least bilingual, move easily between different cultures, frequently maintain homes in two countries, and pursue economic, political and cultural interests that require a simultaneous presence in both».<sup>159</sup> The result of this process, on one reading, is a growing class of citizens «who are, in a very real sense, neither here nor there».<sup>160</sup> Stated more affirmatively, however, the making of transnational communities has resulted in the construction of citizenship identities that arise out of «networks, activities, pat-

---

transnational militancy with an identity... that can't really be tied very specifically to any one country or even any region... These networks of transnational activity, conceived both as a project and as a preliminary reality, are producing a new orientation toward political identity and community. Cumulatively, they can be described as rudimentary, generally unacknowledged forms of participation in a new phenomenon, global civil society. Falk, *The Making of Global Citizenship*, *supra* note 107, at 47-48.

<sup>157</sup> Falk describes one image of the global citizen «as the man or woman of transnational affairs», one who participates in a «deterritorialized and elite global culture». This understanding of global citizenship focuses upon the impact on identity of the globalization of economic forces... Its guiding image is that the world is becoming unified around a common business and financial elite, [one] that shares interests and experiences [and] comes to have more in common within its membership than it does within the more rooted, ethnically distinct members of its own particular civil society; the result seems to be a denationalized global elite that is, at the same time, virtually without any sense of global civic responsibility».

*Id.* at 43-44.

<sup>158</sup> There is a growing empirical literature in anthropology and sociology on such communities. See, e.g., LINDA BASCH ET AL., *NATIONS UNBOUND: TRANSNATIONAL PROJECTS, POSTCOLONIAL PREDICAMENTS AND DETERRITORIALIZED NATION-STATES* (1994); Robert C. Smith, *Transnational Localities: Community, Technology and the Politics of Membership Within the Context of Mexico and U.S. Migration*, in *TRANSNATIONALISM FROM BELOW* 196-240 (Michael Peter Smith & Luis Eduardo Guarnizo eds., 1998); Alejandro Portes, *Global Villagers: The Rise of Transnational Communities*, *AM. PROSPECT*, Mar.-Apr. 1996, at 74; Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 519-21.

<sup>159</sup> Portes, *supra* note 157, at 76.

<sup>160</sup> *Id.* at 77.

terns of living and ideologies that span the[ ] home and the host society». <sup>161</sup> This is citizenship identity which is not confined within the parameters of the nation-state but which, instead, «transgresses borders and boundaries both of the state and of the conceptual terrain mapped by states». <sup>162</sup>

In a final version of the transnational citizenship identity claim, some commentators point to an experience of identification and solidarity that many persons feel with other individuals at the planetary level. The «sense of global citizenship» <sup>163</sup> to which they refer arises, in part, out of humanitarian convictions; <sup>164</sup> it draws «upon a long tradition of thought and feeling about the ultimate unity of human experience, giving rise to a politics of desire that posits for the planet as a whole a set of conditions of peace and justice and sustainability». <sup>165</sup> It derives as well from more practical considerations: in particular, increasing worldwide ecological interdependence, heightened globalization of the economy, and the rapid transnationalization of communications media and commercial culture, all of which create structural linkages that provide a concrete basis for people's experience of themselves as engaged in a common global enterprise. <sup>166</sup> Many go on to urge that global citizens have important «responsibilities» to help construct an

---

<sup>161</sup> BASCH ET AL., *supra* note 157, at 3-4.

<sup>162</sup> Nina Glick Schiller & Georges Fouron, *Transnational Lives and National Identities: The Identity Politics of Haitian Immigrants*, in TRANSNATIONALISM FROM BELOW, *supra* note 157, at 130, 156. This citizenship identity could be said to be located within the space of «transnational social fields». See, e.g., Roger Rouse, *Mexican Migration and the Social Space of Postmodernism*, 1 DIASPORA 8 (1991) (discussing the «transnational social field» concept); Luin Goldring, *The Power of Status in Transnational Social Fields*, in TRANSNATIONALISM FROM BELOW, *supra* note 157, at 165. Note, however, that some scholars specifically reserve the concept of «citizenship» for nation-state-based notions of belonging, and counterpose these to «postnational» models of membership. See e.g., Smith, *supra* note 157, at 198-200. See also discussion in Part I E, *infra*. It is the latter concept Smith employs to characterize transnational migrant communities. *Id.*

<sup>163</sup> ROBERT REICH, *THE WORK OF NATIONS* 309 (1991).

<sup>164</sup> See Ed Wingenbach, *Justice After Liberalism: Democracy and Global Citizenship*, in CITIZENSHIP AFTER LIBERALISM 147, 160 (Karen Slawner & Mark E. Denham eds., 1998) («Global citizenship implies... a recognition of cross-border and cross-cultural responsibilities we all share regarding the condition in which people find themselves»); JOSEPH ROTBLAT, *WORLD CITIZENSHIP: ALLEGIANCE TO HUMANITY* (Joseph Rotblat ed., 1997).

<sup>165</sup> Falk, *The Making of Global Citizenship*, *supra* note 107, at 41.

<sup>166</sup> See, e.g., ROTBLAT, *supra* note 163, at x («The fantastic progress in communication and transportation has transformed the world into an intimately interconnected community, in which all members depend on one another for their well-being»).

«authentic global community»,<sup>167</sup> and more fundamentally, to help ensure survival of life on earth.<sup>168</sup>

Each version of the postnational citizenship identity claim points to the fact that as ties increase across national borders, people are increasingly taking on commitments and identities that exceed the bounds of the national society and its members. Globalization, in this account, reconstitutes us in the deepest personal ways; it has important imaginative and emotional and moral effects on all of us.

Whether such experiences should be characterized in the language of citizenship, however, is a different question. The European case seems fairly uncontroversial; but if «Euro-consciousness» can easily be described as a form of postnational citizenship identity,<sup>169</sup> this is surely related to the EU's development of a formal European citizenship status to which the change in consciousness can be linked. Where there is no such status foundation for the claimed transnational citizenship identities, using the language of citizenship to describe these recent developments will likely meet with far more resistance. Many theorists of citizenship identity will advance the argument that the foregoing identities and solidarities, important though they may be, are simply insufficiently political to be characterized in terms of citizenship.<sup>170</sup> One might respond by reiterating the argument, outlined above, that politics are not confined to the state but are enacted as well in

---

<sup>167</sup> Falk, *The Making of Global Citizenship*, *supra* note 107. See also ROTBLAT, *supra* note 163, at xi-xii (In order to develop world citizenship, «we have to develop in ourselves the feeling of belonging to the world community, and be beholden to it as we are now to our family and our nation»).

<sup>168</sup> See David B. Hunter, *Toward Global Citizenship in International Environmental Law*, 28 WILLAMETTE L. REV. 547, 552 (1992) («[W]e must begin to think of ourselves as global citizens, having primary responsibility and fidelity to the planet»). See also Falk, *The Making of Global Citizenship*, *supra* note 107, at 42 («This spirit of global citizenship... [involves]... feeling, thinking and acting for the sake of the human species»); Van Steenberg, *supra* note 58, at 146 (urging «extension of th[e] responsibility [associated with citizenship] to the natural world»); Held, *supra* note 20, at 25 («The threat of ecological disaster creates the conditions for giving priority to the claims of humanity and its needs, the language of the citizens of 'Planet Earth,' rather than the language of the nation-state democracies»); Fred Steward, *Citizens of Planet Earth*, in CITIZENSHIP, *supra* note 20, at 65, 75 (urging development of a «green global citizenship»).

<sup>169</sup> See Roger Cohen, *A European Identity? Nation-State Losing Ground*, N. Y. TIMES, Jan. 14, 2000, at A3.

<sup>170</sup> See, e.g., Conover, *supra* note 22, at 134 («[C]itizen identity' is the affective significance that people give their membership in a particular political community»).

various sites in civil society.<sup>171</sup> It would seem to follow that at least some of the politically-inflected communities that comprise global civil society can be characterized as sites of citizenship identity and solidarity as well. It is not implausible, it seems to me, to speak of the «sense of citizenship»<sup>172</sup> a person might experience as part of the transnational environmental or women's rights movements, an international union, a professional association, or another non-state institution.

Furthermore, not all understandings of citizenship are political in nature. One could draw upon the more sociologically-oriented conceptions of citizenship to counter the political objection. For example, T.H. Marshall defined citizenship as «full membership of a community»;<sup>173</sup> and more recently, Bryan Turner has defined citizenship as «a set of practices which constitute individuals as competent members of a community».<sup>174</sup> There are, of course, many definitions of community in the social science literature, and some of these are exceptionally broad. In one understanding, community encompasses «groups related... simply by shared interests».<sup>175</sup> Relying upon such a definition of community to serve as the site of citizenship identity obviously threatens to collapse it into meaninglessness, since a nearly endless array of human associations can be characterized as communities in these terms.<sup>176</sup> If, on the other hand, one defines communities as «types of population settlements»,<sup>177</sup> or as «social networks whose members

<sup>171</sup> See text accompanying *supra* notes 113-26.

<sup>172</sup> Conover, *supra* note 22, at 134.

<sup>173</sup> MARSHALL, *supra* note 55, at 8.

<sup>174</sup> Turner, *supra* note 20, at 159 (specifically «avoid[ing] an emphasis on juridical or political definitions of citizenship»). See also Held, *supra* note 20, at 20 («Citizenship has entailed membership, membership in the community in which one lives one's life»).

<sup>175</sup> Chandran Kathukakis, *Liberalism, Communitarianism and Political Community*, 13 Soc. Phil. & Pol'y 80, 84 (1996) (internal citation omitted).

<sup>176</sup> I don't know that most exponents of postnational citizenship themselves would want to claim that the citizenship concept can or should extend so far as to cover the sense of committed membership people experience in, say, an international association of stamp collectors. (Peter Spiro offered me this example to get at the *reductio ad absurdum* problem). But see DAVID J. ELKINS, *BEYOND SOVEREIGNTY: TERRITORY AND POLITICAL ECONOMY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* 39 (1995) («Virtually all observers now assume that citizenship is tied to a territorial nation-state. Why must they assume that? What is the harm in saying that I am a citizen of a professional organization? Or of a sports team? Or a religious order?»).

<sup>177</sup> OXFORD CONCISE DICTIONARY OF SOCIOLOGY 73 (Gordon Marshall ed., 1994) (The term «community» «has been used in the sociological literature to refer directly to types of population settlements»).

share some common characteristic apart from or in addition to a common location»,<sup>178</sup> then the kinds of cross-border social formations established by «transmigrants»<sup>179</sup> would surely qualify. In turn, the migrants' emotive connections to these communities could reasonably be expressed in the language of citizenship, at least within the sociological understanding of the term.

As for claims that a «sense of global citizenship» is beginning to emerge among many of the earth's inhabitants, this is not the first time that the concept of citizenship has been used to designate an experience of imaginative fellowship extending to people outside one's national community. The cosmopolitan who classically claimed that she was a «citizen of the world» intended to communicate that her allegiances reached beyond national boundaries to embrace humanity at large. Such apparently utopian uses of the term citizenship have been criticized, as occurred in Nussbaum's case,<sup>180</sup> but they are nevertheless part of the word's conceptual history and cannot be willed away. Employing the term to convey an aspirational sense of identification with other participants in a global commons is simply an updated version of this conventional usage.

Perhaps more than the other dimensions of citizenship, talking about the «feeling of citizenship» in ways that extend it beyond the parameters of the nation-state or other formal political community runs the risk of producing a concept of citizenship that begins to mean very little since it can so readily mean so much. Proponents of the transnational or postnational citizenship position will no doubt be challenged by critics to delineate the boundaries of the concept by specifying the kinds of communities that they understand can and cannot serve as locations of citizenship identity. But it should not be necessary, it seems to me, to establish precisely where the outer boundaries lie in order to plausibly argue that at least *some* politically and socially-based non-state communities—including some that have taken form across national boundaries— can serve as sites of citizenship identity and solidarity.

### *E. Locating Citizenship*

If citizenship is an intrinsically national project, as Nussbaum's critics maintain, then recent claims by social theorists and political activists to the

---

<sup>178</sup> *Id.*

<sup>179</sup> BASCH ET AL., *supra* note 157.

<sup>180</sup> See discussion accompanying *infra* notes 1-5.



effect that citizenship is taking increasingly postnational forms would seem, necessarily, to be incoherent and implausible. Yet this incoherence claim depends upon a conception of citizenship that assumes its national location *a priori*. I have proposed beginning the inquiry by treating citizenship as a core political concept that is conventionally used to designate a variety of different social practices and experiences, and then asking whether the practices and experiences named by citizenship are, in fact, confined to the national sphere. Taking this latter approach seems preferable because citizenship has not always been linked to the nation-state, and the necessity of its relationship to the state would therefore seem to need to be established, rather than presumed.

Of course, even if we are willing to ask about citizenship's location, we may still determine that citizenship remains a national affair and that claims of denationalization are not convincing. Some will argue that the empirical evidence fails to establish the widespread transnationalization of social and political life invoked by postnationalists as the basis for their claim. In my view, however, there is a reasonable case to be made that the experiences and practices conventionally associated with citizenship do in some respects exceed the boundaries of the territorial nation-state—though the pervasiveness and significance of this process varies depending on the dimension of citizenship at issue. Neither the organization of formal status, the protection of rights, the practice of political participation, nor the experience of collective identities or solidarities are entirely confined to the territory or community of the nation-state (if they ever were), but are sometimes, and now increasingly, enacted beyond it.

Others will no doubt object to the use of the word «citizenship» to characterize these developments. Even if they concede that substantial transnationalization of statuses, rights, politics, and identities have occurred, they will contend that these various developments do not signal the denationalization of citizenship so much as citizenship's displacement or decline in the face of other forms of collective organization and affiliation, as yet unnamed. Once again, however, it seems to me that we are faced with a choice: we can either presume that citizenship is necessarily a national affair, so that these developments cannot be captured in the language of citizenship by definition, or we can approach the question of where citizenship is enacted as one to be determined in light of developing social practices.



The fact that we are faced with this choice makes clear that there is no objective definition of citizenship «out there» to which we can refer to authoritatively resolve any uncertainties about citizenship's usage. Citizenship's meaning has always been contested and is sure to remain so. Exponents of post- or transnational citizenship have simply opened a new front in the long struggle to define the concept. Their work reminds us of the broad diversity of criteria in virtue of which the term citizenship can reasonably be said to apply; they seek to argue that «the ordinary criteria for applying [the] term are present in a wider range of circumstances than has commonly been allowed».<sup>181</sup> And in so doing, they have plausibly challenged the prevailing assumption that citizenship is reducible to nation-state membership.

## II. DENATIONALIZATION AS ASPIRATION

But why should it matter whether we decide to describe these recent transnationalizing developments in the language of citizenship? What is at stake in this debate? Parties on both sides are clearly concerned with getting the facts and the categories right, of course. But correspondence and coherence are not the only objectives; there is, ultimately, more at issue. For «citizenship» is not merely a word that describes the world. It is also a powerful term of appraisal, one which performs an enormous legitimizing function. To characterize a set of social practices in the language of citizenship is to honor them with recognition as politically and socially consequential—as centrally constitutive and defining of our collective lives. To refuse them the designation is, correspondingly, to deny them such recognition.<sup>182</sup>

In this respect, the postnational citizenship position can and should be read not merely as an assertion of «fact», but as an act of political advocacy.<sup>183</sup> It represents an effort to claim attention and significance and legiti-

---

<sup>181</sup> Skinner, *supra* note 9, at 15.

<sup>182</sup> For a discussion of the way in which key appraisive political terms perform powerful legitimizing functions, see *id.* at 21 («[O]ne of the most important uses of evaluative language is that of legitimating as well as describing the activities and attitudes of dominant social groups»). For further discussion, see *id.* at 20-22.

<sup>183</sup> Farr, *Understanding Conceptual Change Politically*, *supra* note 13, at 26-27 (arguing that «an enormous number of political actions are carried out (and can only be carried out) in and through language»).

[Views which] consider only the descriptive function of language... radically underestimate the politics of language. Only in the rarest of circumstances—or language-games, as Wittgenstein would say— does language function apolitically as a neutral

macy for certain recent transnational political and social practices that have often been overlooked or otherwise neglected in mainstream political and social thought. It is, in other words, a demand for their recognition.

This is not to say that the demand for recognition is made explicit in the postnationality literature. Indeed, most articulations of the claim are framed in descriptive terms; their message is that, as an empirical matter, citizenship is increasingly taking postnational forms. When Soysal addresses what she calls the «postwar reconfiguring of citizenship»,<sup>184</sup> for example, her projected stance is that of the cool, impartial observer. While occasionally, analysts make their normative endorsement of postnational forms of citizenship quite clear—Falk, for example, affirmatively embraces the development of «global citizenship» to the extent it is organized by commitments to democratic and human rights norms<sup>185</sup>—most purport to be proceeding strictly empirically (though it is not hard to detect an undertone of approbation for postnational developments in some of the literature as well).

Yet whether or not endorsement of postnationality is made explicit or is even consciously embraced, the designation of nonnational social and political arrangements in the language of citizenship is necessarily a normative claim to some degree. In a world in which citizenship's national character is authoritatively presumed, the very idea of «postnational citizenship» pointedly disrupts this expectation. The apparent paradox embodied by the idea serves to convey at least some criticism of prevailing, nationally-defined conceptions of community membership, and by implication, some approval of, or aspiration toward, plural and denationalized membership forms.<sup>186</sup>

Of course, if the postnational citizenship position is intrinsically normative in character, so too is the claim that citizenship is, by its nature, a

---

medium for expressing ideas or describing things. Rather, language generally functions in overtly and covertly political ways by playing (or preying) upon the needs, interests, and powers of those individuals or groups who use it. And use it they do for strategic or partisan ends of one kind or another. Most of language, in short, is politically constituted by the ends to which it is intentionally put or by the consequences which it is subsequently seen to entail. Understanding what we might call, then the 'political constitution of language' is crucial for understanding conceptual change politically.

*Id.* at 26.

<sup>184</sup> Soysal, *Changing Parameters*, *supra* note 15, at 513.

<sup>185</sup> Falk, *The Making of Global Citizenship*, *supra* note 107, at 50.

<sup>186</sup> On the other hand, the basis for postnationalists' criticism of national citizenship and for their celebration of the postnational is difficult to pin down precisely because the normative message in this literature is so often cloaked in a discourse of «fact».

national enterprise. Any declaration to the effect that the term citizenship possesses «little meaning except in the context of a state»<sup>187</sup> may apparently be directed against a perceived incoherence in the use of this important political term. But given the appraisive power the term possesses, the nationalist claim on citizenship should be read as an expression of normative conviction as well. To maintain that the term cannot sensibly extend beyond the national is, in effect, to promote a conception of citizenship that is both statist and unitary.

Any debate over the possibility of citizenship beyond the nation is thus, in part, a debate over its desirability. Advocates of the concepts of postnational and transnational citizenship have sought to loosen the grip that the national state has maintained on the conventional political imagination by advancing conceptions of citizenship that are located beyond it. But in doing so, they run up against the prevailing view in political thought which holds not only that citizenship is national by definition, but that any effort to locate citizenship beyond the nation-state is misguided, and even affirmatively dangerous.

#### *A. Postnational Assessments*

But is the idea of citizenship beyond the nation-state in fact normatively indefensible? I would argue that it is not, at least not in principle. In fact, it seems to me that in at least some circumstances, principles of social justice and democratic equality (however precisely these are defined) point clearly in the direction of citizenship's denationalization. For example, from the perspective of a person concerned with ensuring the protection of human rights, it is indisputably good that the kinds of rights traditionally associated with citizenship are increasingly being guaranteed at the international level because, quite simply, it means that more people are likely to enjoy more protection more of the time. Likewise, from the perspective of a proponent of democratic theory, it is surely good that people are engaged in cross-border political activity of the kind ordinarily associated with active citizenship within the demos, since such activity is the only means of ensuring democratic engagement and representation in the many aspects of contemporary life that lie beyond the bounds and reach of the territorial nation-state.

---

<sup>187</sup> Himmelfarb, *supra* note 2, at 74.

On the other hand, the fact that some good normative arguments are available on behalf of citizenship-beyond-the-nation should not, it seems to me, lead to an indiscriminate celebration of things postnational. There is a strain of thought in the field of cultural studies that has tended in this direction; Arjun Appadurai's essay on «postnational patriotism» is a prominent example.<sup>188</sup> But it is not hard to point to examples of postnational developments that could plausibly be described in the language of citizenship which many (including postnationalism's usual celebrants) would presumably not want to support at all. The denationalized fellowship and commonality that link many members of the transnational capitalist and managerial classes, for example, is not likely to be celebrated among those concerned with the economically marginalized.<sup>189</sup> And while the case of the emerging European citizenship arguably has the potential for expanded democratic protections, many commentators have expressed concern that, as currently designed, Europeans face a «democracy deficit» in light of the lack of popular representation and participation in EU governance.<sup>190</sup> Others stress that the Europeanization of citizenship entails the creation of new inequalities and exclusions for those designated as Europe's outsiders.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> ARJUN APPADURAI, *MODERNITY AT LARGE: CULTURAL DIMENSIONS OF GLOBALIZATION*, Ch. 6 (1996).

<sup>189</sup> See, e.g., Falk, *The Making of Global Citizenship*, *supra* note 107, at 44 (describing as one form of citizenship the unification of the world around a common business and financial elite, [one] that shares interests and experiences [and] comes to have more in common within its membership than it does with the more rooted, ethnically distinct members of its own particular civil society; the result seems to be a denationalized global elite that is, at the same time, virtually without any sense of global civic responsibility).

See also Richard Falk, *Revisioning Cosmopolitanism*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 53, 57 (arguing that market-driven globalism entails «a perspective of the whole [world] that is totally oblivious to the ethical imperatives of human solidarity»).

<sup>190</sup> JURGEN HABERMAS, *THE INCLUSION OF THE OTHER: STUDIES IN POLITICAL THEORY* 155-61 (1998). See also Seyla Benhabib, *European Citizenship*, *DISSENT*, Fall 1998, at 107 («There is a democracy deficit in the European Union... because a whole range of issues and policies is being settled without open, cross-national information and debate»); David Miller, *The Left, The Nation-State, and European Citizenship*, *DISSENT*, Summer 1998, at 47, 50 («[T]he wider the scope of citizenship is drawn, and the more publics it therefore has to embrace, the weaker its democratic credentials become»).

<sup>191</sup> See, e.g., Jacqueline Bhabha, 'Get Back to Where You Once Belonged: Identity, Citizenship, and Exclusion in Europe', 20 *HUM. RTS. Q.* 592, 608-25 (1998) (criticizing Europe's exclusionary treatment of third country nationals).

The point is that citizenship beyond the nation is neither desirable nor dangerous per se. Postnational citizenship takes many forms (as does citizenship itself); and even assuming as a normative benchmark a broad commitment to principles of democratic equality, we will inevitably find that some postnational developments further these normative goals, while others threaten them fundamentally.

Once we move beyond sweeping condemnations and celebrations of post and transnational conceptions of citizenship, however, there remains much to say about the question of where citizenship *ought* to be located. But exactly what kind of discussion will we have? Its nature and direction will obviously be shaped by the way in which we frame the issue in the first instance. It may seem natural, given the continued authority of national conceptions of collective life, to proceed by seeking to identify and assess normative justifications for claims that would denationalize citizenship in one way or another. Citizenship's nationality would provide the starting point in this approach, and we would focus our attention on recent efforts to depart from the norm. As someone sympathetic to the postnational project, however, I am inclined to turn the tables and ask instead whether national conceptions of citizenship deserve the presumptions of legitimacy and primacy that they are almost always afforded. Posing the question this way denaturalizes conventional political thought by treating the prevailing national presumption as worthy of interrogation in its own right.<sup>192</sup> In practical terms, it shifts the burden of justification to those who assume without question that the national should continue to dominate our conceptions of collective public life.

While in theory, the nationalist premise can be challenged in relation to all of citizenship's dimensions, the discussion will be most productive, it seems to me, in the context of a consideration of citizenship in its «psychological dimension». Focusing on this aspect of citizenship makes sense, first of all, because of its constitutive relationship with citizenship in its other aspects. Citizenship as status, as rights, and as political activity are

---

<sup>192</sup> The term «denaturalization», as is well known, has a technical legal meaning that describes the procedure of stripping citizenship from a person who acquired citizenship via naturalization. I use the term here, instead, to convey the process of «mak[ing] unnatural» something that we ordinarily regard as natural or otherwise given. *THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE* 352 (1969). For a statement that national citizenship constitutes part of a person's «natural identity», see Himmelfarb, *supra* note 2, at 77.

all fundamentally grounded in experiences of collective identification with, and attachment to, others, and all evoke emotional responses from their participants as well. Furthermore, and perhaps more importantly, it is only in relation to citizenship in its psychological dimension that normative theorists have addressed the matter of citizenship's location in any systematic way. Questions concerning the proper site of political identity and solidarity have long been central problems in political theory.

Theorists have, in fact, devoted increasing attention to the locus of political identity and solidarity in recent years, spurred at least in part by emerging claims in the social sciences and elsewhere that nation-state citizenship is being displaced by other, nonnational modes of identity and belonging. Much recent work in the area is concerned with defending the continued centrality of national affiliations and solidarities in the face of recent globalizing and localizing trends. Self-described «liberal nationalists», in particular, have mounted a concerted effort to dispel the view that national citizenship matters progressively less *vis-à-vis* the challenges it faces from both above and below.

Since most exponents of postnational citizenship have not directly engaged in these normative debates, we cannot know precisely how they would answer the liberal nationalist challenge.<sup>193</sup> To the extent they seek to denaturalize normative nationalism, however, they will eventually need to develop a response. While full elaboration of such a response is a long-term project, which is beyond the scope of this article, it seems worthwhile to at least begin to imagine its outlines.

### *B. The National Argument*

Classically, the debate over the proper locus of citizenship identity and solidarity in political thought has taken the form of a debate between advocates of cosmopolitanism and patriotism. While this debate is wide-ranging and includes a variety of positions on both sides, it is centrally defined by a controversy over the relative merits of ethical universalism and particularism. The ethical cosmopolitan view,<sup>194</sup> in its classical form,

---

<sup>193</sup> An exception is Spiro, *The Citizenship Dilemma*, *supra* note 51.

<sup>194</sup> The tradition of ethical cosmopolitanism I am addressing here can be usefully distinguished from what might be called «cultural cosmopolitanism». According to Bernard Yack, the latter is «the broadened perspective we associate with individuals who move comfortably within the standards of more than one culture». Bernard Yack, *Cosmopolitan*

rejects particularist loyalties in favor of an impartial moral stance; it is a perspective committed to the well-being of humanity at large, rather than any particular community of persons.<sup>195</sup> Cosmopolitans embrace a moral universalist outlook, one which gives «equal consideration to all people who might be affected by an action».<sup>196</sup> In such a view, therefore, grounding one's solidarity in the nationstate is unacceptably narrow and parochial. It is in this respect that the cosmopolitan sometimes describes herself as a «citizen of the world».<sup>197</sup>

Critics of cosmopolitanism, on the other hand, regard the state of moral detachment presumed in this vision as both implausible and undesirable. Individuals are never truly detached, in the critics' view;<sup>198</sup> they are una-

---

*Humility*, BOSTON REV., Feb.- Mar. 1995, at 17. The former, by contrast, is «the higher loyalty to humanity defended by individuals who claim to be citizens of the world». *Id.*

<sup>195</sup> Some observers have noted the diversity of cosmopolitan positions, even within the ethical debate. Amanda Anderson, for example, contrasts «exclusionary cosmopolitanism» in which «little to no weight is given to exploration of disparate cultures: all value lies in an abstract or 'cosmic' universalism», with «inclusionary cosmopolitanism», in which «universalism finds expression through sympathetic imagination and intercultural exchange». Cosmopolitanism's «contemporary articulations», Anderson writes, «tend to argue for a redefined dialectic between the two». Amanda Anderson, *Cosmopolitanism, Universalism and the Divided Legacies of Modernity*, in COSMOPOLITICS: THINKING AND FEELING BEYOND THE NATION 265, 268 (Pheng Chea & Bruce Robbins eds., 1998) [hereinafter COSMOPOLITICS].

<sup>196</sup> Paul Gomberg, *Patriotism Is Like Racism*, 101 ETHICS, Oct. 1990, at 144. See also Thomas W. Pogge, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, 103 ETHICS, Oct. 1992, at 48, 49 («The central idea of moral cosmopolitanism is that every human being has a global stature as an ultimate unit of moral concern»). According to Pogge, «cosmopolitan morality... centers around the fundamental needs and interests of individual human beings, and of all human beings...». *Id.* at 58. See also Robert E. Goodin, *What Is So Special About Our Fellow Countrymen?* 98 ETHICS, July 1998, at 663, 664 (linking moral universalism with the principle of impartiality).

For a perspective which contrasts universalism with cosmopolitanism, see, e.g., DAVID A. HOLLINGER, POST-ETHNIC AMERICA: BEYOND MULTICULTURISM 84 (1985) («We can distinguish a universalist will to find common ground from a cosmopolitan will to engage human diversity... For cosmopolitans, the diversity of humankind is a fact; for universalists, it is a potential problem»).

<sup>197</sup> For a recent defense of the neo-Kantian concept of «world citizenship», see Andrew Linklater, *Cosmopolitan Citizenship*, in COSMOPOLITAN CITIZENSHIP 35, 35-59 (Kimberly Hutchings & Ronald Dannreuther eds., 1999).

<sup>198</sup> See, e.g., DAVID MILLER, ON NATIONALITY (1995) (criticizing cosmopolitan notion that «human beings [are] so constituted that they can set aside their sense of identity and sense of belonging and act simply on the basis of a rational conviction about what morality requires of them»).



voidably «situated-selves»,<sup>199</sup> whose moral commitments are necessarily constituted by and within the communities in which they live.<sup>200</sup> Nor are people, by nature, actually capable of identifying with humanity at large, because the category is too big and too abstract to serve as the object of political love and identification.<sup>201</sup> Peoples' political and moral allegiances are, instead, necessarily more local and particular.<sup>202</sup> As well they should

---

<sup>199</sup> E.g., MICHAEL SANDEL, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* (2d ed. 1998) (1984) (counterposing the «situated self» to the «unencumbered self» of liberal theory). See Himmelfarb, *supra* note 2, at 77 («We do not come into the world as free-floating, autonomous individuals. We come into it complete with all the particular, defining characteristics that go into a fully formed human being, a being with an identity. Identity... is given, not willed»).

<sup>200</sup> Charles Taylor characterizes this position as «holist», and counterposes it to the «atomism» of methodological individualism. See generally Taylor, *supra* note 82, at 159-82. It is this same conviction, that people are inevitably socially-situated, that gives rise to the metaethical critique commonly directed against cosmopolitanism. Cosmopolitanism's humanitarian commitments are often said to be required by universal and transcendental norms of justice; Nussbaum, for instance, maintains that cosmopolitan ethics is required by «the substantive universal values of justice and right». See Nussbaum, *supra* note 1, at 5. This notion is regarded by some critics as rationalist nonsense. The norms of justice are not impersonal or objective; they can only be the product of shared «social meanings», since communities are the ultimate source of the values and moral commitments that individuals maintain. See, e.g., MICHAEL WALZER, *THICK AND THIN: MORAL ARGUMENT AT HOME AND ABROAD* (1994) (contending that morality is grounded in the shared understandings of particular communities rather than any notion of «God or Nature or History or Reason»); Richard Rorty, *Justice as a Larger Loyalty*, in *COSMOPOLITICS*, *supra* note 193, at 45, 48 (endorsing «non-Kantian», non-rationalist views of morality which hold that «one's moral identity is determined by the group or groups with which one identifies»). As Alisdair MacIntyre writes, «the questions of *where* and *from whom* I learn my morality turn out to be crucial for both the content and the nature of moral commitment». Alisdair MacIntyre, *Is Patriotism A Virtue?* The Lindley Lecture, University of Kansas, 1984, at 7-8. For a critique of Nussbaum along these lines, see Hilary Putnam, *Must We Choose between Patriotism and Universal Reason?* in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 91.

<sup>201</sup> See, e.g., Nathan Glazer, *Limits of Loyalty*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 61, 63 (arguing that cosmopolitans are often unrealistic about «how far bonds of obligation and loyalty can stretch»). But see Bruce Robbins, *Introduction, Part I: Actually Existing Cosmopolitanism*, in *COSMOPOLITICS*, *supra* note 193, at 6 («If cosmopolitanism were really too big, then the nation would be too big as well»). See also NORMAN GERAS, *SOLIDARITY IN THE CONVERSATION OF MANKIND* 77 (1995).

<sup>202</sup> Some critics likewise dismiss the cosmopolitan notion that humanity, at its core, shares «a commonality of 'aims, aspirations and values'» as little more than a utopian fantasy. Himmelfarb, *supra* note 2, at 76. The commitments to universalist justice and right characterized by Nussbaum as the foundation of cosmopolitan sentiment are, Himmelfarb writes, «predominantly, perhaps even uniquely, Western values». *Id.* at 75.



be, many critics insist, since human meaning is found not in the cold, «thin» abstractions of universalism,<sup>203</sup> but in particular, local sites of relationship and community in which we reside. «Our attachments start parochially and only then grow outward», Benjamin Barber writes. «To bypass them in favor of an immediate cosmopolitanism is to risk ending up nowhere—feeling at home neither at home nor in the world».<sup>204</sup>

Of course, the claim that people are inextricably imbedded in the communities in which they live is not, by itself, a claim on behalf of patriotism. Many critics of cosmopolitanism identify family, neighborhood, and locality as communities that provide the sense of «home» that universalism is said to be unable to offer. But in addition, most either presume or assert that the national state is the fundamental political home,<sup>205</sup> and that «love of homeland» is the highest form of political attachment.<sup>206</sup>

It is to this extent that the critics of cosmopolitanism could be said to embrace a form of patriotism. There are, of course, a variety of patriotisms, some quite virulent.<sup>207</sup> But in academic circles, one is more likely to find versions of what might better be called tempered or «moderate patriotism».<sup>208</sup>

---

<sup>203</sup> Benjamin R. Barber, *Constitutional Faith*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 30, 33-34.

[T]he idea of cosmopolitanism offers little or nothing for the human psyche to fasten on. By [Nussbaum's] own admission, it «seems to have a hard time gripping the imagination». Not just the imagination: the heart, the viscera, the vitals of the body that houses the brain in which Nussbaum would like us to dwell.

*Id.* See also Robbins, *supra* note 200, at 3-4 (Critics allege that «cosmopolitan identification with the human race serves as the thin, abstract, undesirable antithesis to a red-blooded, politically engaged nationalism»).

<sup>204</sup> Barber, *supra* note 202, at 34. See also Walzer, *The Civil Society Argument*, *supra* note 118, at 126 («My allegiances, like my relationships, start at the center [of a set of concentric circles]. Hence we need to describe the mediations through which one reaches the outer circles, acknowledging the value of, but also passing through, the others»).

<sup>205</sup> See BONNIE HONIG, *NO PLACE LIKE HOME* (forthcoming), for a critical examination of the conception of the nation-state as political home. See also WILLIAM E. CONNOLLY, *THE ETHOS OF PLURALIZATION* 136-37 (1995) (describing certain recent nationalisms as reflecting «the politics of homesickness, [a politics which] laments the loss of place by comparing this experience to a fulsome past that probably never was; and it demands return of that past through the vocabulary of community, nation, or people»).

<sup>206</sup> *E.g.*, Barber, *supra* note 202, at 35-36 (counterposing to Nussbaum's «rationalist utopia» the virtues of «love of homeland»).

<sup>207</sup> See generally Gomberg, *supra* note 195.

<sup>208</sup> Stephen Nathanson, *In Defense of «Moderate Patriotism»*, 9 *J. ETHICS*, Apr. 1989, at 535. See also Sanford Levinson, *Is Liberal Nationalism an Oxymoron? An Essay For Judith*

Indeed, many of those who invoke the patriotic mantle are at pains to distance themselves from the more excessive varieties. Charles Taylor urges that we «fight for the kind of patriotism that is open to universal solidarities against other, more closed kinds».<sup>209</sup> Barber asserts that «[t]he question is not how to do without patriotism and nationalism but how to render them safe»;<sup>210</sup> and according to Anthony Appiah, patriotism is defensible only so long as it is «cosmopolitan» in character.<sup>211</sup>

Until recently, most defenders of liberal patriotism presumed that the only alternative to patriotism was some version of world citizenship. The possibility that citizenship could be located beyond the nation, but short of «the world», was not directly considered. However, a new wave of patriotic scholarship has emerged in the past few years that takes such claims very seriously.<sup>212</sup> Broadly characterized by a commitment to «liberal nationalism»,<sup>213</sup> these scholars do not see themselves as responding to ethical cosmopolitan claims so much as to two other challenges faced by national conceptions of citizenship. From below, national identity is said to be threatened by fragmentation in the form of divisive multiculturalist politics in liberal democratic states, and fundamentalist ethnocultural rivalries elsewhere. From above, national identity is undermined by accelerated processes of globalization, which, if it is maintained, reify

---

*Shklar*, 105 *ETHICS*, Apr. 1995, at 626 (attributing the notion of «restrained patriotism» to Judith Shklar).

<sup>209</sup> Charles Taylor, *Why Democracy Needs Patriotism*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 119, 121.

<sup>210</sup> Barber, *supra* note 202, at 36.

<sup>211</sup> Kwame Anthony Appiah, *Cosmopolitan Patriots*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 21.

<sup>212</sup> Robert Reich uses the term «new patriotism» to describe an ethic founded «upon loyalty to the nation» in a world in which economic «borders are ceasing to exist». REICH, *supra* note 162, at 301, 302.

<sup>213</sup> The phrase seems to have originated with Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (1993). Many others have since made use of the term. See, e.g., Michael Lind, *The Next American Nation: The New Nationalism and the Fourth American Revolution* (1995); Hollinger, *Post-Ethnic America*, *supra* note 195; Miller, *On Nationality*, *supra* note 197. The liberal nationalist literature is wide-ranging, but broadly contains two principal strands. The first is concerned with questions of national self-determination; the second focuses on questions of national identity and transnational ethics. It is mainly the latter stream of scholarship which interests me here. For a selection of commentary on this latter aspect of liberal nationalism, see, e.g., Judith Lichtenberg, *How Liberal Can Nationalism Be?* 28 *PHIL. FORUM* 53 (1996-97); Levinson, *supra* note 207.

the values of the market and deracinate us from our communities of origin.

Liberal nationalists are worried about the undermining effects that they believe these devolutive and world-homogenizing trends (what Benjamin Barber has called the twin threats of «Jihad» and «Macworld»)<sup>214</sup> are having on liberal democratic communities. Yet liberal nationalists often recognize the enormous pull that both subnational and transnational connections have on people's affiliative experiences. They acknowledge that most of us maintain a variety of significant collective identifications and commitments both below and across state lines.<sup>215</sup> Some even make a point of recognizing the value of such attachments.<sup>216</sup>

Most liberal nationalists deny, however, that subnational and transnational commitments have to any great degree displaced national ones as a matter of fact. They argue, moreover, that national commitments *must not* be displaced: while plural commitments should be recognized, national identities and solidarities need to remain primary.<sup>217</sup> Liberalism itself depends on it, they maintain; for as David Miller has written, «the welfare state—and indeed, programmes to protect minority rights—have always been *national* projects, justified on the basis that members of a community must protect one another and guarantee one another equal respect».<sup>218</sup> Distributive justice and equality of treatment are likely to remain national projects as well because, globalization notwithstanding, we still lack institutional arrangements at the transnational level that can command the solidarity and deploy the resources and authority necessary to ensure their

---

<sup>214</sup> BENJAMIN R. BARBER, *Jihad vs. McWorld* (1995).

<sup>215</sup> See MILLER, ON NATIONALITY, *supra* note 197, at 178 («There is no realistic alternative to the long-standing project of nation-building, but it must now be carried out in circumstances where the national identities have to compete with a wider range of other potential objects of loyalty»); David Hollinger, *How Wide the Circle of the We? American Intellectuals and the Problem of the Ethnos Since World War II*, 98 AM. HIST. REV. 317, 330 (1993). See also Aleinikoff, *supra* note 41, at 85 (allegiance to the nation «need not be exclusive, but it must be paramount»).

<sup>216</sup> See Mitchel I Cohen, *Rooted Cosmopolitanism*, DISSENT, Fall 1992, at 478, 482-83 (urging that we accept and value «the principle of plural loyalties»); Hollinger, *How Wide the Circle of the We?*, *supra* note 214, at 330.

<sup>217</sup> See, e.g., Hollinger, *How Wide the Circle of the We?*, *supra* note 214, at 335, n.59 (defending «[t]he value of locating primary solidarity in citizenship within a democratic nationstate»).

<sup>218</sup> MILLER, ON NATIONALITY, *supra* note 197, at 187.

achievement.<sup>219</sup> For liberal nationalists, in short, cosmopolitan ideals can only be achieved when «rooted» in the bounded setting of the nation-state.<sup>220</sup>

In addition to this argument from necessity, proponents sometimes advance another, more affirmative claim on behalf of liberal nationalism: they maintain that the liberal nation-state is the only large-scale contemporary institutional setting in which people may develop the sense of «common good» or «shared fate» which is so vital to collective human flourishing.<sup>221</sup> In this fundamentally communitarian view, «having a secure sense of national identity is an important, indeed, a crucially important, element for the very possibility of a full human existence».<sup>222</sup>

Relying on one or both of these arguments, some U.S. liberal nationalists have urged liberals to work together to engage in a project of national «peoplebuilding»<sup>223</sup> in order to forestall systems of inequality and exclusion of the kind that historically prevailed in the United States.<sup>224</sup> While recognizing that experiences of collective national identity often produce their own exclusions in the form of extremist ethnonationalisms,<sup>225</sup> these schol-

---

<sup>219</sup> This is why Richard Rorty concludes in the American context that «the government of our nation-state will be, for the foreseeable future, the only agent capable of making any real difference in the amount of selfishness and sadism inflicted on Americans». RICHARD RORTY, *ACHIEVING OUR COUNTRY* 98 (1998). See also T. Alexander Aleinikoff, *A Multicultural Nationalism?*, *THE AMERICAN PROSPECT*, Jan.-Feb. 1998, at 80, 86 («[F]or the foreseeable future, states will remain the loci of power; both self-government and the protection of individual rights depend almost entirely on states»).

<sup>220</sup> See Cohen, *supra* note 215, at 478. See also Anderson, *supra* note 193, at 279 (writing that David Hollinger «thus articulates a cosmopolitanism that serves as the basis for a specific form of national government, civic democracy»).

<sup>221</sup> See Taylor, *supra* note 82, at 170 («[T]he bond of solidarity with my compatriots in a functioning republic is based on a sense of shared fate, where the sharing itself is of value. This is what gives this bond its special importance, what makes my ties with these people and to this enterprise peculiarly binding»).

<sup>222</sup> See Jocelyne Couture & Kai Nielsen (with Michel Seymour), *Afterword*, in *RETHINKING NATIONALISM* 593 (Jocelyn Couture et al. eds., 1996).

<sup>223</sup> See SMITH, *supra* note 61, at 470-506. See also HOLLINGER, *How Wide the Circle of the We?*, *supra* note 214; Noah Pickus, *Hearken Not To the Unnatural Voice: Publius and the artifice of Attachment*, in *DIVERSITY AND CITIZENSHIP: REDISCOVERING AMERICAN NATIONALISM* 63, 68 (Gary Jeffrey Jacobsohn & Susan Dunn eds., 1996). Cf. RORTY, *ACHIEVING OUR COUNTRY*, *supra* note 218, at 91-92 (urging the left to «mobilize what remains of our pride in being Americans»).

<sup>224</sup> See generally SMITH, *supra* note 61.

<sup>225</sup> See, e.g., MILLER, *ON NATIONALITY*, *supra* note 197, at 183-84 (distinguishing his own «discriminating defense of nationality» from «an unthinking nationalism which simply tells

ars, and their counterparts elsewhere, urge the construction and defense of inclusive, liberal forms of nationalism,<sup>226</sup> which, among other things, emphasize civic rather than ethnocultural conceptions of nationality,<sup>227</sup> and display an openness to evolving conceptions of national identity over time.<sup>228</sup> In short, while liberal nationalists share with postnationalists a recognition that collective affiliations and commitments are increasingly pluralized in the contemporary world, they continue to insist on normatively privileging national identities and solidarities above all others. This continued defense of the nation-state as the core site of psychological citizenship, in my view, raises several important concerns.

Chief among them is the problem of exclusion. However «liberal» they may purport to be, nationalist commitments are exclusive and exclusionary by their nature. The very act of normatively privileging identification with, and solidarity toward, compatriots presumes the existence of a class of nonnational others who are necessarily excluded from the domain of normative concern.<sup>229</sup> Some outsiders are located outside the national territory, and indeed, are routinely denied physical access to it.<sup>230</sup> Others reside within the national

---

us to follow the feelings of our blood wherever they may lead us»). For a critical view, see Jamie Mayerfield, *The Myth of Benign Group Identity: A Critique of Liberal Nationalism*, 30 *POLITY*, Summer 1998, at 555, 559 («Liberal nationalists celebrate national identity, and [incorrectly] believe that it can be dissociated from the evils that have been perpetrated in the name of the nation»).

<sup>226</sup> See Couture & Nielsen, *supra* note 221, at 601 (distinguishing between «bad nationalisms»— ethnic nationalisms that define «membership in the nation in terms of descent: put crudely, in terms of blood», —and «good nationalisms»— liberal nationalisms that define «nationality in terms of sharing a distinctive encompassing and integrative... culture which is both cultural and political»). See also Will Kymlicka, *Misunderstanding Nationalism*, *DISSENT*, Winter 1995, at 130, 132 (distinguishing between nationalisms that «are xenophobic, authoritarian and expansionist», and those which «are peaceful, liberal and democratic»).

<sup>227</sup> See, e.g., SMITH, *supra* note 222; HOLLINGER, *How Wide the Circle of the We?*, *supra* note 214. But see Michel Seymour et al., *Introduction: Questioning the Ethnic/Civic Dichotomy*, in *RETHINKING NATIONALISM*, *supra* note 221, at 1-61.

<sup>228</sup> See, e.g., MILLER, ON NATIONALITY, *supra* note 197, at 180 («Cultural minorities should not be seen merely as the recipients of a [national] identity, but must be expected to play their part in redefining it for the future»).

<sup>229</sup> For another critique of liberal nationalism along these lines, see Gary Gerstle, *Liberty, Coercion, and the Making of Americans*, 84 *AM. HIST.* 524, 554-57 (1997).

<sup>230</sup> Michael Walzer, for instance, argues that nation-states are entitled to deny admission to outsiders in the interests of preserving national identities and solidarities—or national

territory as aliens and/or perceived foreigners. In either case, the question arises as to why the people with whom we happen to share formal nation-state membership and territory should be the objects of our identification and solidarity to a greater extent than others with whom we are joined through other kinds of affiliative ties. Why, in other words, should «compatriots take priority?»<sup>231</sup>

Nationalism's fundamentally exclusionary character points, at one level, to a contradiction within the heart of liberal nationalism itself. Liberal theory, in all its forms, stands for the universal regard for persons.<sup>232</sup> Nationalism, in contrast, denotes special attachment to particular other persons. The resulting tension between universalism and particularism is endemic to the liberal nationalist project, and has led some observers to suggest that the very notion of liberal nationalism might properly be regarded as an «oxymoron».<sup>233</sup>

Yet the problem is not merely one of internal coherence. Nationalism's exclusionary character can be challenged in substantive ethical terms as well. Nussbaum and other liberal cosmopolitans have eloquently defended the view that, as a matter of justice, nationality should be treated as a «morally irrelevant» feature for distinguishing among persons.<sup>234</sup> I am inclined to approach liberal nationalism from a perspective motivated less by liberal universalism than by an ethical desire to combat domination and marginalization wherever they occur.<sup>235</sup> Like the cosmopolitan view, a critical perspective of this kind regards the privileging of national ties as deeply troubling. For although some forms of nationalism have indeed facilitated social empowerment of the oppressed within individual nations, as liberal

---

ways of life, as he puts it. See MICHAEL WALZER, *SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY* 31-63 (1983).

<sup>231</sup> See HENRY SHUE, *BASIC RIGHTS: SUBSTANCE, AFFLUENCE AND AMERICAN FOREIGN POLICY* 132 (1980) (criticizing what he terms «the priority thesis»).

<sup>232</sup> See, e.g., JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 3 (1971) («Each person possesses an inviolability founded on justice»).

<sup>233</sup> See Levinson, *supra* note 207. See also Judith Lichtenberg, *How Liberal Can Nationalism Be?* 28 *PHIL. FORUM*, Fall-Winter 1996-97, at 53. For a detailed defense against the claim that liberalism and nationalism are intrinsically incompatible, see, e.g., Couture & Nielsen, *supra* note 221, at 579-661.

<sup>234</sup> Nussbaum, *supra* note 1, at 133.

<sup>235</sup> For an important recent example of this kind of ethical stance, see IRIS MARION YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE* (1990). Note that Young begins to broach the subject of «international justice» in the book's epilogue. *Id.* at 257-260.

nationalists maintain,<sup>236</sup> it is an empowerment that is often achieved at the cost of the exclusion and exploitation of many nonnationals.

Many liberal nationalists, for example, argue that a high degree of solidarity among members of a national community is a necessary precondition for the kinds of redistributive policies in the advanced capitalist countries that liberals usually support.<sup>237</sup> I agree that such redistributive efforts are extremely important and need to be defended. But it is also important not to disregard their costs. National redistributions depend, first of all, upon the policing of territorial boundaries against outsiders far more desperately needy than those who are able to enjoy redistribution's benefits. They depend, as well, on the availability of enormous economic resources, some of which have been amassed at the expense of nationals of former colonies and less developed countries—if no longer through outright plundering, then through more apparently civilized modes of unequal exchange. At the same time, the very national solidarity that arguably enables a society to pursue a redistributive agenda may also lead it to further marginalize those persons residing within the community who are perceived as national outsiders. In the past decade, resident noncitizens have been increasingly shut out from the provision of public benefits in this and other countries, a development which serves to exacerbate their second-class status within the national society.

Against the image of the nation-state as the site in which liberal and egalitarian values may best be realized, therefore, it seems to me one must place another: that of an institution premised upon the marginalization and exploitation of outsiders. Nationalisms may sometimes be enabling, but only for some people some of the time. Much depends on whether one happens to be graced with membership of one of the world's most

---

<sup>236</sup> See, e.g., HOLLINGER, *POST-ETHNIC AMERICA*, *supra* note 195, at 131-72; David Hollinger, *Nationalism and Cosmopolitanism*, in *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE TWENTYFIRST CENTURY*, *supra* note 25, at 85, 88-89. While generally critical of David Hollinger's liberal nationalist views, historian Gary Gerstle nevertheless concurs with Hollinger that «Progressivism, the New Deal, the civil rights movement, and the Great Society were nationalist movements that derived legitimacy from their claim to speak 'on behalf of the American nation' as a whole». See Gerstle, *supra* note 228, at 555. He argues, however, that the progressive nature of these projects was only made possible by earlier coercive and exclusionary policy and practice. *Id.*

<sup>237</sup> See, e.g., Taylor, *supra* note 82, at 170-78; MILLER, *ON NATIONALITY*, *supra* note 197; LIND, *supra* note 212. See also Hollinger, *Nationalism and Cosmopolitanism*, *supra* note 235, at 88 (writing that achieving «a more equitable distribution of a nation's resources... is the primary justification for viewing sympathetically a sense of solidarity as 'Americans'»).



privileged nations.<sup>238</sup> Those who are not so lucky commonly experience the privileged liberal nationstates as deeply exclusionary and self-aggrandizing and sometimes violent institutions. Historian Gary Gerstle got it right, it seems to me, when he wrote that liberal nationalist thought «downplays the nasty work that building a national community entails».<sup>239</sup>

The sort of national solidarity that liberal nationalists invoke as necessary for achieving a more equitable distribution of resources within the national society not only eviscerates the interests of disempowered outsiders, moreover; it may sometimes dramatically undermine the interests of disempowered insiders as well. To the extent U.S. workers define their collective interests in national terms, for example, they will be less likely to make common cause with their counterparts in other countries, and less likely, as a result, to force the transnational corporations that employ them to attend to their redistributive and other demands. The concern that national protectionism actually serves capital's interests by dividing the working class against itself is hardly a new one; but it is surely truer today than it was in Marx's time. When U.S. workers focus on «achieving our country» first and foremost, as some liberal nationalists like Richard Rorty have urged they should,<sup>240</sup> they will not make much headway in improving the terms and conditions of their labor in an ever-more globalized economic environment. Much the same dynamic holds true for those people who wish to control corporate behavior in the environmental and human rights contexts. The highly deterritorialized character of corporate activity today means that national protectionist political strategies will often work to the detriment of progressive outcomes in these areas.<sup>241</sup>

---

<sup>238</sup> In this regard, I agree with Immanuel Wallerstein's response to Nussbaum that «what is needed educationally is not to learn that we are citizens of the world, but that we occupy particular niches in an unequal world». Immanuel Wallerstein, *Neither Patriotism Nor Cosmopolitanism*, in *FOR LOVE OF COUNTRY*, *supra* note 1, at 124.

<sup>239</sup> Gerstle, *supra* note 228, at 555. Gerstle continues: «For «[e]ven where the civic elements of nationalism are exceptionally strong, as in our own society, nationalism demands that boundaries against outsiders be drawn, that a dominant national culture be created or reinvigorated, and that internal and external opponents of the national project be subdued, nationalized, vanquished, and even excluded or expelled». *Id.*

<sup>240</sup> See, e.g., RORTY, *ACHIEVING OUR COUNTRY*, *supra* note 218, at 80-107.

<sup>241</sup> Building and defending a national community often involves other «nasty work» (see Gerstle, *supra* note 228, at 555) as well. In particular, some versions of liberal nationalism would seek a degree of cultural and/or ideological cohesion among nation-state members as the basis for the «sense of peoplehood» (see text accompanying *supra* note 222-23)



There is, finally, an argument to be made against liberal nationalism from the perspective of democratic theory. Given the increasing globalization of economic and social life, privileging national conceptions of citizenship identity cuts against the prospects for achieving robust democratic participation in their shaping and control. Most liberal nationalists seem to presume that democratic participation can be adequately realized in the context of the nation-state. But such a presumption fails to come to grips with the practical limits of the nationstate's power and authority to regulate many of today's most pressing problems, including those associated with globalized corporate activity. As many democratic theorists have recently warned, we face an «ever greater gap» between the transnational conditions that structure our collective lives and the territorially-constrained reach of our political capacities.<sup>242</sup> To the extent social empowerment requires that people have a meaningful voice in shaping the world they live in, it seems imperative that we cultivate forms of participatory politics that decenter, and sometimes transcend, national political life.<sup>243</sup>

---

which modern liberal states are said to require. Yet the drive for cohesion entails making some dominant identities culturally and politically authoritative, thereby invalidating and repressing vital differences in experience and self-definition among many national community members. The recent effort by some liberal policymakers to rehabilitate the notion of «Americanization» in United States citizenship policy (see discussion on «Americanization» throughout *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE TWENTYFIRST CENTURY*, *supra* note 25) provides one example. Though today's version of Americanization has a far more «multi-cultural» content than the Americanization drives of the early 1900's, the concept continues to define national belonging by reference to narrow linguistic and ideological criteria.

<sup>242</sup> See, e.g., Jurgen Habermas, *Citizenship and National Identity*, in *THE CONDITION OF CITIZENSHIP*, *supra* note 11, at 30 (describing the «ever greater gap [individuals face] between being affected by something and participating in changing it»); Connolly, *supra* note 12, at xv (asserting the increasing «asymmetry between the globalization of life and the confinement of democracy to the territorial state»). See also Jamin B. Raskin, *Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage*, 141 U. PA. L. REV. 1391, 1458 (1993) (arguing that «the straightjacket of nation-state citizenship may stifle the widely perceived participatory requirements of the time»).

<sup>243</sup> See, e.g., Connolly, *supra* note 12, at xvi, who urges development of «a democratic ethos [that] might exceed the boundaries of particular states». Connolly writes:

During a time when corporate organizations, financial institutions, intelligence networks, communication media and criminal rings are increasingly global in character and when, as a result, a whole host of dangerous contingencies have become global in character, democratic energies, while remaining active below the through the state, might also extend beyond these parameters to crossnational, nonstatist social movements.

### C. *Pluralizing Citizenship*

All told, therefore, the privileging by liberal nationalists of national identities and solidarities over other forms of collective affiliation is deeply problematic from a critical perspective which maintains an ethic of solidarity with the most disempowered, and it is highly problematic in democratic terms as well. Beyond such ethical and political concerns, however, liberal nationalism may face another, more practical problem: the effort to privilege national solidarities and identities may simply be unrealistic. For it is not at all clear that national identities and solidarities are as overridingly important to most people today as liberal nationalists seem to hope or imagine. Many analysts, including analysts of postnational citizenship, have compellingly argued that people locate their fundamental identities in, and solidarities with, a variety of communities that are neither defined nor circumscribed by nation-state boundaries.<sup>244</sup> Affiliations based on ethnicity, class, gender, religion, nationality, and political commitment—whether within or across state borders—are often, and increasingly, experienced as primary. Liberal nationalists' claim that the nation-state should serve as the central object and site of people's citizenship identities and solidarities begins to ring rather hollow in this context.

To argue, on the other hand, that national identities and solidarities are not necessarily paramount in many people's experiences is by no means to claim that national affiliations no longer matter; for they clearly do matter to many people in many circumstances. Nor need a critique of liberal nationalism entail the view that all forms of national identity and solidarity *should not* matter in normative terms. The postnationalist claim is best read, it seems to me, not as a claim advocating the demise of nation-states

---

*Id.* See also SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT*, *supra* note 82, at 338-39:

In a world where capital goods, information and images, pollution and people, flow across national boundaries with unprecedented ease, politics must assume transnational, even global forms, if only to keep up. Otherwise, economic power will go unchecked by democratically sanctioned political power. Nation-states, traditionally the vehicles of self-government, will find themselves increasingly unable to bring their citizens' judgments and values to bear on the economic forces that govern their destinies.

*Id.*

<sup>244</sup> As Thomas Franck has written, «[w]hat is emerging... is a global system characterized by overlapping communities and multivariiegated personal loyalties yielding more complex personal identities». Franck, *supra* note 149, at 63. Under the circumstances, it is simply too late in the day, in the words of one analyst, to «return the genie of social identity to the bottle of the territorial nation-state». Cohen, *supra* note 149, at 520.

and nationalism altogether, but on behalf of decentering or «demoting» the nation from its privileged status in political thought.<sup>245</sup> The idea of «post-national citizenship», in other words, should be read to suggest an aspiration toward a multiple, pluralized understanding of citizenship identity and citizen solidarity.

In such a reading, liberal nationalists' apparent openness to plural identities and solidarities would be deepened, and nationality would be regarded as one among many possible sources and sites of identity.<sup>246</sup> We would celebrate not the decline of the nation-state, but the proliferation of a variety of possible sites of identity and solidarity.<sup>247</sup> This is an understanding of ethics and affiliation that many theorists have begun to urge with increasing frequency.<sup>248</sup>

Precisely what the pluralization of citizenship identities and solidarities might come to mean in concrete institutional terms, on the other hand, remains unclear. How such pluralization would shape the organization and practice of citizenship *qua* status and rights and political participation, in particular, can be difficult to imagine. A small handful of scholars have recently sought to sketch out an image of citizenship that is decoupled from the territorial nation-state, but they offer little in the way of blueprint.<sup>249</sup>

---

<sup>245</sup> Peter Spiro has used the «demotion» language in this context.

<sup>246</sup> The effort here would be to «pluralize the pluralizers», in William Connolly's phrase. See CONNOLLY, *supra* note 204, at xix.

<sup>247</sup> Cf. Magnusson, *supra* note 103, at 281 («[T]his approach decenters the state as the object of political analysis, [but] it does not ignore the state or pretend that it is about to wither away»).

<sup>248</sup> See, e.g., Robbins, *supra* note 200, at 3 (arguing that we need to come to terms with our «complex and multiple belonging[s]»); Sen, *supra* note 2, (emphasizing the «need to accept a multiplicity of loyalties»).

<sup>249</sup> Michael Sandel advances a vision of «a multiplicity of communities and political bodies —some more, some less extensive than nations— among which sovereignty is diffused» and «citizenship [is] formed across multiple sites of civic engagement». SANDEL, *supra* note 82, at 345, 347. David Elkins has proposed «unbundling» citizenship from nations, states, and territories. ELKINS, *supra* note 175, at 38-39. See also Pogge, *supra* note 195.

[P]ersons should be citizens of, and govern themselves through a number of political units of various sizes, without any one political unit being dominant and thus occupying the traditional role of state. And their political allegiances and loyalties should be widely dispersed over those units: neighborhood, town, county, province, state, region and world at large. People should be politically at home in all of them, without converging upon any of them as the lodestar of their political identity.

*Id.* at 58.

This is not surprising; envisioning a postnational institutional framework for citizenship is an exceptionally difficult task. We face an acute imaginative deficit in the current period, it seems to me: We may be convinced, in political theorist R.B.J. Walker's terms, that «questions about political identity, and thus about the legitimation of various forms of inclusion and exclusion, are no longer adequately answered in the territorial terms we have inherited from early-modern Europe and reproduced so readily in the name of state and nation».<sup>250</sup> But both the pervasiveness and the authority of the state-centered framework in which we live radically limit our capacity to conceive of concrete alternative arrangements.

The process of pluralization itself raises additional questions. Once we move beyond the presumed predominance of national solidarities, how exactly will we give expression or effect to the various of our commitments which may be implicated in a given situation? How will we accommodate them when they conflict; and how will we address the new exclusions that will certainly arise?<sup>251</sup> Cultural theorist Bruce Robbins has written that we remain a tremendous distance «from mastering the sorts of allegiance, ethics and action that might go with our complex and multiple belongings».<sup>252</sup> Pluralization, in this respect, will present its own political and ethical challenges.

None of the foregoing questions is resolved by the concept of postnational citizenship—though all are implicated by it. Eventually, they will need to be addressed. For now, though, the import of the postnational citizenship claim remains largely rhetorical. By challenging the conventionally-presumed linkage between citizenship and nationality, it exhorts us to think beyond the nationstate, to open our minds to alternative ways of organizing and experiencing our collective lives. Given both the hegemony and the poverty of the prevailing national paradigm, this, by itself, constitutes a powerful message.

The emerging claim in scholarly and political circles to the effect that citizenship is becoming increasingly denationalized represents a fundamental challenge to the conventional understanding of citizenship which presumes, in Gertrude Himmelfarb's words, that the idea of citizenship

---

<sup>250</sup> R.B.J. WALKER, *INSIDE/OUTSIDE: INTERNATIONAL RELATIONS AS POLITICAL THEORY* 21 (1993).

<sup>251</sup> *C.f.*, Spiro, *The Citizenship Dilemma*, *supra* note 51, at 601 («Just as nations have abused citizens and subordinated others, so non-national groups have the capacity to oppress and illegitimately exclude»).

<sup>252</sup> Robbins, *supra* note 200.

can have «little meaning except in the context of a state». I have argued, by contrast, that the denationalized citizenship claim is entirely coherent, and often quite plausible in empirical terms as well. The various legal, political, and social institutions and experiences that the term «citizenship» routinely designates have, in fact, begun increasingly to take nonnational or extranational forms or directions in recent years; and there is no good logical or empirical reason, in my view, to refuse to allow the term «citizenship» to evolve along with its referents.

I have also argued that any dispute that may arise over the question whether «citizenship's» range of reference properly extends to practices and experiences located beyond the nation-state is not merely an empirical or logical one; it is fundamentally political as well. This is because the term citizenship does not merely serve to designate aspects of the world; it is also a powerful expressive term, one which conveys honor and recognition upon the social and political practices to which it is applied. The debate over the term's scope of application is, consequently, a debate over the scope and extent of recognition we will accord various nonnational forms of collective life.

The postnational citizenship claim's implicit demand for recognition of nonnational political forms can be read, I have argued finally, as an important challenge to the prevailing conviction in political thought that the nation-state is the consummate site of collective political identity. There are good reasons, grounded in commitments to social justice and democratic engagement, to challenge the presumed inevitability and desirability of a statist conception of citizenship and to prefer, instead, a multiple, pluralized understanding of citizenship identities and solidarities (however uncertain the precise institutional forms these might take may be).

Beyond all of this, however, it seems necessary to ask whether the idea of a denationalized citizenship is likely to ever take hold and become part of our conventional political understandings. Can advocates of postnational citizenship ultimately succeed in decoupling the concept of citizenship from the nation-state in prevailing political thought? Such a development is certainly possible; the history of language is full of examples of terms whose accepted criteria of application and/or range of reference were dramatically altered over time.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> For a discussion of conceptual change of this kind, see generally POLITICAL INNOVATION AND CONCEPTUAL CHANGE, *supra* note 4.

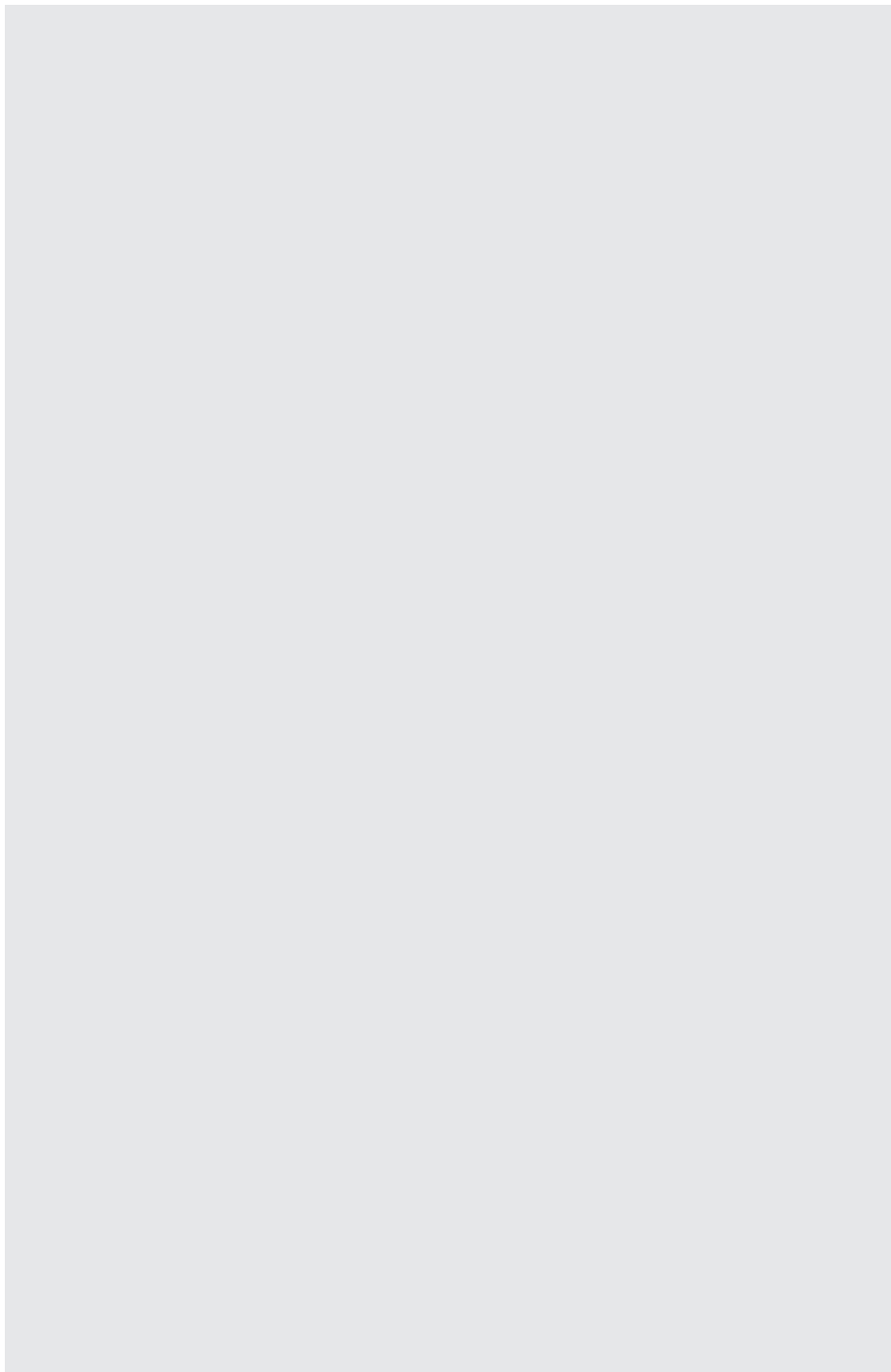
*Linda Bosniak*

It is also quite possible, however, that the association between citizenship and nation-state will be hard to sever, and that citizenship will remain inextricably linked in the public consciousness with the nation-state and its institutions. This might occur if advocates of nationalism in its various forms are highly successful in defining the terms of the emerging debate. In such circumstances, theorists and activists interested in the denationalization of social and political life might choose to pursue a different rhetorical strategy: rather than arguing that citizenship increasingly extends beyond the nationstate, they might wish to contend that recent denationalizing developments are taking us beyond citizenship altogether.

For now, though, the concept of citizenship remains open and flexible and contested enough to support a range of competing claims. Among these claims are those that seek to overhaul conventional understandings of citizenship's location by challenging citizenship's presumptively national parameters. As to whether the concept will successfully make the postnational transition, only time will tell.

DA CITTADINI A SUDDITI

Danilo Zolo





Da cittadini a sudditi: è questo il processo di regressione politica oggi in corso nelle ‘democrazie del benessere’ occidentali. La qualifica di cittadino si oppone a quella di straniero, sempre meno a quella di suddito. La cittadinanza torna ad essere un dato formale, con una connessione sempre più incerta con i diritti dei cittadini, con la loro dignità e autonomia, con il loro sentimento di solidarietà e di appartenenza a una comunità politica. La cittadinanza tende a divenire una pura ascrizione anagrafica che sopravvive come strumento di discriminazione dei non cittadini. In Europa – in Italia in particolare – ha sinora operato come una clausola che esclude i migranti ‘extracomunitari’ dalla titolarità o dal godimento dei diritti fondamentali. È una clausola che li riduce, soprattutto se irregolari, ad una condizione di non-persone, che li rifiuta, li respinge o li rinchiude in carcere. Una concezione non razzista della cittadinanza esigerebbe che a tutti gli stranieri che vivono e lavorano in Europa venisse concessa la piena cittadinanza in tempi rapidi e senza condizioni capestro.

È sempre più evanescente la grande, nobile idea, riproposta da Thomas Marshall nella seconda metà del secolo scorso, della cittadinanza come luogo in cui si realizzano le condizioni politiche, economiche e sociali della piena appartenenza di un soggetto ad una comunità organizzata: l’ambito della realizzazione effettiva – non della semplice titolarità giuridica – di aspettative sociali collettivamente riconosciute come legittime, espressione di una solidarietà pubblica fruita e condivisa da tutti i cittadini. E si dissolve a maggior ragione l’idea welfarista del carattere inclusivo ed espansivo dei diritti soggettivi in una traiettoria evolutiva che dovrebbe correggere la deriva discriminatoria dell’economia di mercato, procedendo per tappe successive dai diritti civili a quelli politici e a quelli sociali, verso approdi sempre più egualitari.

Nei paesi occidentali, a partire dalla fine della Guerra fredda, si sono verificate profonde mutazioni del sistema politico ed economico, tali da stravolgere le strutture stesse della cittadinanza. Dalla società dell'industria e del lavoro siamo passati alla società postindustriale dominata dalla rivoluzione tecnologico-informatica e dallo strapotere delle forze economiche che sfruttano le dimensioni globali dei mercati proiettando le disuguaglianze sociali su scala planetaria. Il fallimento del 'socialismo reale' e la spinta della globalizzazione hanno messo in crisi anche le istituzioni del *Welfare State* e fortemente contratto i diritti sociali, a cominciare dal diritto al lavoro, soprattutto delle nuove generazioni. I processi di globalizzazione economica consentono alle grandi *corporations* industriali e finanziarie di sottrarsi ai vincoli delle legislazioni nazionali, in particolare all'imposizione fiscale. Nello stesso tempo lo sviluppo tecnologico ha aumentato la produttività delle grandi imprese che tendono a disfarsi della forza-lavoro che non sia altamente specializzata e di questa si servono secondo le modalità del lavoro interinale o a tempo determinato, con la conseguenza di un costante aumento della inoccupazione giovanile e della disoccupazione.

Nel frattempo la democrazia parlamentare ha ceduto il passo alla 'videocrazia' e alla 'sondocrazia': la logica della rappresentanza è surrogata dalla logica della pubblicità commerciale, assunta a modello della propaganda politica. Il codice politico è contaminato dal codice multimediale della spettacolarità e della personalizzazione. Il potere persuasivo dei grandi mezzi di comunicazione di massa ha vanificato anche gli ultimi residui 'partecipativi' e 'rappresentativi' della democrazia pluralistica *à la* Schumpeter. I partiti di massa sono scomparsi. Le direzioni centrali dei partiti non ricorrono più alla mediazione comunicativa delle strutture di base e del proselitismo degli iscritti e dei militanti. Non ne hanno più alcun bisogno perché ci sono strumenti molto più efficaci ed economici per farlo: i canali delle televisioni pubbliche e private. In questo senso i nuovi soggetti politici non sono più, propriamente, dei 'partiti': sono delle ristrettissime *élites* di imprenditori elettorali che, in concorrenza pubblicitaria fra di loro, si rivolgono direttamente alle masse dei cittadini-consumatori offrendo, attraverso lo strumento televisivo e secondo precise strategie di *marketing*, i propri prodotti simbolici. Usando altre tecniche di *marketing* – in particolare il sondaggio di opinione – gli imprenditori elettorali analizzano la situazione del mercato politico, registrano le reazioni del pubblico alle proprie campagne pubblicitarie e influenzano circolarmente queste reazioni attraverso la pubbli-

cazione selettiva, spesso manipolata, dei risultati dei sondaggi. E mentre l'astensionismo politico tende ad aumentare in tutto il mondo occidentale, a cominciare dagli Stati Uniti, le forze politiche sono sempre più impegnate nelle sofisticate alchimie di riforme elettorali che fanno della volontà del 'popolo sovrano' l'oggetto passivo e inconsapevole dei calcoli di breve periodo della classe politica.

Come Norberto Bobbio ha osservato, si è verificata un'inversione del rapporto fra controllori a controllati: i soggetti politici che detengono il potere di comunicare attraverso i grandi mezzi di comunicazione di massa – pubblici e soprattutto privati – si muovono in uno spazio che è al di fuori e al di sopra della cittadinanza<sup>1</sup>. Non sono soltanto sottratti ad ogni controllo democratico ma sono in grado di esercitare un'influenza insinuante sui modelli di consumo e sulle propensioni politiche dei cittadini riducendoli così a nuovi sudditi, a servi inconsapevoli di una tirannia subliminale, obbedienti a un regime di potere in larga parte occulto. L'eccessiva pressione simbolica cui sono sottoposti impedisce ai destinatari della comunicazione multimediale di selezionarne razionalmente i contenuti. Per nessuno, neppure per lo specialista più esperto, è agevole controllare i significati e l'attendibilità dei messaggi che riceve, né stabilire una relazione interattiva con la fonte emittente. E ciò vale in particolare per la comunicazione pubblicitaria, che è la più impegnata nell'escogitare moduli comunicativi sofisticati, psicologicamente complessi e seduttivi. Non sono le grandi ideologie che in questo modo si affermano. Si afferma il loro surrogato impolitico: l'abulia operativa, la docilità sociale, la passività consumistica, la venerazione del potere e della ricchezza altrui, la dipendenza cognitiva e immaginativa, la disposizione a credere. In questo senso la grande emittenza televisiva, pubblica e privata, è il nucleo centrale del 'potere invisibile', è l'epicentro di quegli *arcana imperii* – le trame eversive, le organizzazioni criminali, le manovre finanziarie segrete, la corruzione, gli interessi privati che si annidano nelle pieghe del formalismo legislativo – che Bobbio riteneva assolutamente incompatibili con i valori di una cittadinanza democratica. La mancata demolizione delle strutture del potere invisibile era per Bobbio la più grave delle «promesse non mantenute» della democrazia liberale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. il mio «Norberto Bobbio: l'alto della libertà e i rischi della democrazia», *Iride*, 41, 2004.

<sup>2</sup> Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, passim.

Sul piano internazionale si affievolisce il potere di gran parte degli Stati nazionali e si scompongono gli equilibri geopolitici e geoeconomici che si erano stabilizzati nel secondo dopoguerra. E si profila una «costituzione imperiale» del mondo: gerarchica, violenta, eversiva dell'ordinamento giuridico internazionale. Una inarrestabile deriva concentra il potere internazionale – anzitutto quello militare – nelle mani di un ristretto direttorio di grandi potenze sotto la guida della massima potenza nucleare del pianeta, gli Stati Uniti d'America. Anche sotto questo profilo l'ideale della cittadinanza – strettamente legato alla forma politica dello Stato sovrano – sembra esposto a sollecitazioni distruttive. Nel contesto neo-imperiale la violazione dei diritti fondamentali delle persone è un fenomeno di imponenti proporzioni. Se si deve prestare fede ai documenti delle Nazioni Unite e ai rapporti di organizzazioni non governative come *Amnesty International* e *Human Rights Watch*, milioni di persone oggi sono vittime, in tutti i continenti, di gravi violazioni dei loro diritti fondamentali. L'ampiezza del fenomeno è la conseguenza non solo del carattere dispotico di molti regimi statali, ma anche di decisioni arbitrarie di soggetti internazionali dotati di grande potere politico, economico e militare: un potere che i processi di globalizzazione hanno reso soverchiante e incontrollabile e contro il quale la sola replica in atto è oggi la violenza del *global terrorism*, tanto sanguinaria quanto impotente. Sotto accusa sono le guerre di aggressione delle potenze occidentali, la pena di morte, la tortura, i maltrattamenti carcerari – si pensi a Guantánamo, Abu Ghraib, Bagram – il genocidio, la povertà, le epidemie, il debito estero che dissangua i paesi più poveri, la devastazione dell'ambiente, lo sfruttamento neo-schiavistico dei minori e delle donne, l'oppressione razzista di popoli emarginati: dai palestinesi ai curdi, ai tibetani, ai rom, agli indoamericani, agli aborigeni africani, australiani e neozelandesi.

Di fronte a questo panorama allarmante c'è chi non abbandona un atteggiamento ottimistico. Antonio Negri, ad esempio, ha sostenuto che la crisi delle cittadinanze nazionali, l'erosione della sovranità degli Stati e l'affermarsi di un ordine imperiale del mondo è foriero anche di sviluppi positivi, nel senso che prelude all'affermarsi di una cittadinanza cosmopolitica, di un universalismo delle 'moltitudini' capaci di insediarsi entro le strutture di potere dell' 'impero globale', occupandole senza distruggerle<sup>3</sup>. Altri autori

<sup>3</sup> Cfr. A. Negri, D. Zolo, *L'Impero e la moltitudine. Dialogo sul nuovo ordine della globalizzazione*, «Reset», 73 (2002), pp. 8-19, ora anche in A. Negri, *Guide. Cinque lezioni su Impero e dintorni*, Milano, Raffaello Cortina, 2003, pp. 11-33.

hanno sostenuto che la cittadinanza nazionale è una istituzione che deve essere cancellata e che la sua crisi merita di essere guardata con favore e assecondata. Lungi dall'essere un fattore di inclusione e di eguaglianza, la cittadinanza è un privilegio di status, è l'ultimo relitto premoderno delle diseguaglianze personali in contrasto con l'universalità dei diritti fondamentali<sup>4</sup>. Non ci sarà pace e giustizia nel mondo, né rispetto dei diritti soggettivi, si sostiene, finché non saranno abbattute le frontiere degli Stati dietro le quali si annida il particolarismo delle cittadinanze nazionali. Solo una cittadinanza universale e un ordinamento giuridico globale sono finalità coerenti per chi abbia a cuore la tutela e la promozione dei diritti fondamentali delle persone e non dei soli cittadini.

Queste tesi – tipiche di quelli che Hedley Bull ha ironicamente chiamato *Western globalists*<sup>5</sup> – sono ispirate da presupposti filosofici che rinviano o all'universalismo umanitario del comunismo utopico o alla tradizione del moralismo kantiano che ha trovato autorevoli epigoni in autori come Hans Kelsen, Jürgen Habermas, John Rawls, Ulrich Beck. Si tratta di filosofie globaliste che sembrano ignorare che la dottrina dei diritti dell'uomo, l'esperienza dello Stato di diritto e del costituzionalismo, le istituzioni liberal-democratiche si sono affermate nel contesto delle cittadinanze nazionali sviluppatesi, dopo il superamento dell'universalismo politico e giuridico del medioevo, entro i confini degli Stati nazionali europei. La proiezione universalistica di queste esperienze, al di là della sua vistosa assenza di realismo politico, dà per scontata la natura universale dei valori (europei ed occidentali) ai quali esse si sono ispirate, a cominciare dai diritti dell'uomo e dalle istituzioni democratiche. Ma si tratta di un'assunzione tanto rischiosa quanto controversa, poiché l'universalismo etico e giuridico dei *Western globalists* ha dato ampia prova di essere paradossalmente in sintonia con l'universalismo neocoloniale delle potenze occidentali. Nell'ultimo decennio del secolo scorso autori globalisti e cosmopoliti come Habermas, Rawls, Beck e, almeno in parte, lo stesso Bobbio, hanno approvato come guerre giuste perché «umanitarie» le guerre di aggressione scatenate dall'Occidente contro Stati sovrani non in grado di difendersi: si pensi alla guerra per il Kosovo e alle aggressioni contro l'Afghanistan e l'Iraq. La cancellazione

---

<sup>4</sup> Si veda, fra gli altri, L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 187-91.

<sup>5</sup> Cfr. H. Bull, *The Anarchical Society*, Macmillan, London 1977, passim.

della cittadinanza nazionale e dei suoi valori in nome dell'ideale universalistico della cittadinanza universale è una strada che conduce, nonostante le buone intenzioni dei suoi sostenitori, nelle braccia dell'imperialismo statunitense e del suo progetto di egemonia mondiale mascherato sotto le vesti della diffusione planetaria dei valori occidentali. E finisce così per giustificare la strage di decine di migliaia di civili innocenti e la devastazione dei diritti più elementari.

Che cosa è possibile fare? Quali strategie, in particolare la sinistra europea, può adottare sul terreno della difesa delle conquiste fondamentali della cittadinanza democratica? Soltanto una piena consapevolezza dei valori e, nello stesso tempo, dei limiti e delle tensioni della cittadinanza e, in essa, dello Stato di diritto, può consentire una elaborazione teorica e un impegno politico adeguato, nel quadro di una più generale ricostruzione delle istituzioni democratiche. Sul terreno propriamente politico una coerente teoria della cittadinanza dovrebbe proporre una 'lotta per i diritti' che non si risolva in parole d'ordine generiche e moralistiche. In alternativa alla retorica secolare del bene comune e dei doveri dei cittadini occorrerebbe mettere a punto una tavola di rivendicazioni normative rivolte contro i rischi crescenti di discriminazione cui vanno incontro i cittadini – per non parlare degli stranieri – non affiliati alle grandi corporazioni economiche, finanziarie, multimediali, professionali e religiose.

Mentre la tutela dei diritti civili – *liberty and property* – appartiene, per così dire, alla normalità fisiologica della cittadinanza e dello Stato di diritto, solo una pressione conflittuale può ottenere che questo livello minimo venga superato: solo il conflitto sociale è in grado di restituire effettività all'esercizio dei diritti politici, riscattandoli dalla loro condizione di puro cerimoniale elettorale, e di garantire l'adempimento effettivo delle aspettative che stanno dietro ai cosiddetti 'diritti sociali'. Si tratta di interessi e di aspettative che lo Stato di diritto come tale non è incline a riconoscere stabilmente, se non in termini assistenziali e comunque largamente ineffettivi.

Infine, andrebbe tematizzata l'esigenza di garantire non soltanto le libertà politiche e il diritto all'informazione dei cittadini, ma anche la loro 'autonomia cognitiva'. Il problema richiederebbe una lunga elaborazione. Ma si può comunque sostenere che i temi della 'nuova censura' e del 'diritto di replica' a difesa della autonomia cognitiva dei cittadini contro i monopoli della comunicazione elettronica, dovrebbero essere posti all'ordine del giorno di una battaglia per l'aggiornamento della democrazia', per usare l'espressione di

Jacques Derrida<sup>6</sup>. Senza una lotta contro la concentrazione e l'accumulazione comunicativa, oggi favorite dai processi di globalizzazione informatica, la democrazia è destinata a divenire una finzione procedurale, una ingannevole parodia multimediale.

Sul piano internazionale, fuori dall'ambigua retorica cosmopolitica della 'cittadinanza universale' e del «governo mondiale», occorrerebbe porre in primo piano il tema dei «regimi internazionali» in quanto forme di cooperazione fra gli Stati che operano senza fare ricorso agli strumenti coercitivi di giurisdizioni penali e di polizie sopranazionali. L'assenza di una autorità globale favorisce lo sviluppo di un reticolo normativo policentrico che emerge da processi diffusi di negoziazione multilaterale fra gli Stati e di aggregazione autoregolativa (*governance*). È una forma di 'anarchia cooperativa' che seppure per ora limitata ad aree specifiche – la ricerca spaziale, la meteorologia, la disciplina delle attività umane nell'Antartico, la pesca oceanica, fra le molte altre – contraddice clamorosamente la logica della giurisdizione penale centralizzata, vincolante e universale, sostenuta dai giuristi che si ispirano al cosmopolitismo kantiano e kelseniano.

Per contenere ed equilibrare lo strapotere della potenza imperiale degli Stati Uniti, occorrerebbe puntare su un macro-regionalismo multipolare che non dia affatto per scontato il superamento degli Stati nazionali e dei valori della cittadinanza<sup>7</sup>. E non sottovaluti la forza coesiva delle radici etniche e culturali dei gruppi sociali, ma tenti pazientemente di intrecciare la tutela dei diritti fondamentali con i particolarismi dell'appartenenza e delle identità collettive, soprattutto se sostenute da tradizioni millenarie. Di grande rilievo in questo quadro strategico potrebbe essere il contributo di un'Europa unita che non si limitasse a svolgere il ruolo di potenza economica e finanziaria, ma riuscisse a ritrovare le sue radici identitarie nell'intreccio delle culture mediorientali e mediterranee, incluse quelle arabo-islamiche. Ricostruire la sua identità 'non occidentale' consentirebbe all'Europa di recuperare quella dignità e autorità di soggetto politico internazionale che è andata smarrendo via via che gli Stati Uniti sono emersi come il 'vero Occidente': potente, dinamico, espansivo, secondo la logica imperiale della dottrina Monroe e dell'universalismo wilsoniano. Un'Europa autonoma, affrancata dalla su-

<sup>6</sup> Si veda J. Derrida, *Oggi l'Europa*, Garzanti, Milano 1991.

<sup>7</sup> Sul tema della non dispensabilità dello Stato nazionale pur nel contesto dei processi di globalizzazione, cfr. H. Bull, *The Anarchical Society*, cit., pp. 257-81; H. Bull, *The State's Positive Role in World Affairs*, «Dedalus», autunno 1979, pp. 111-23.

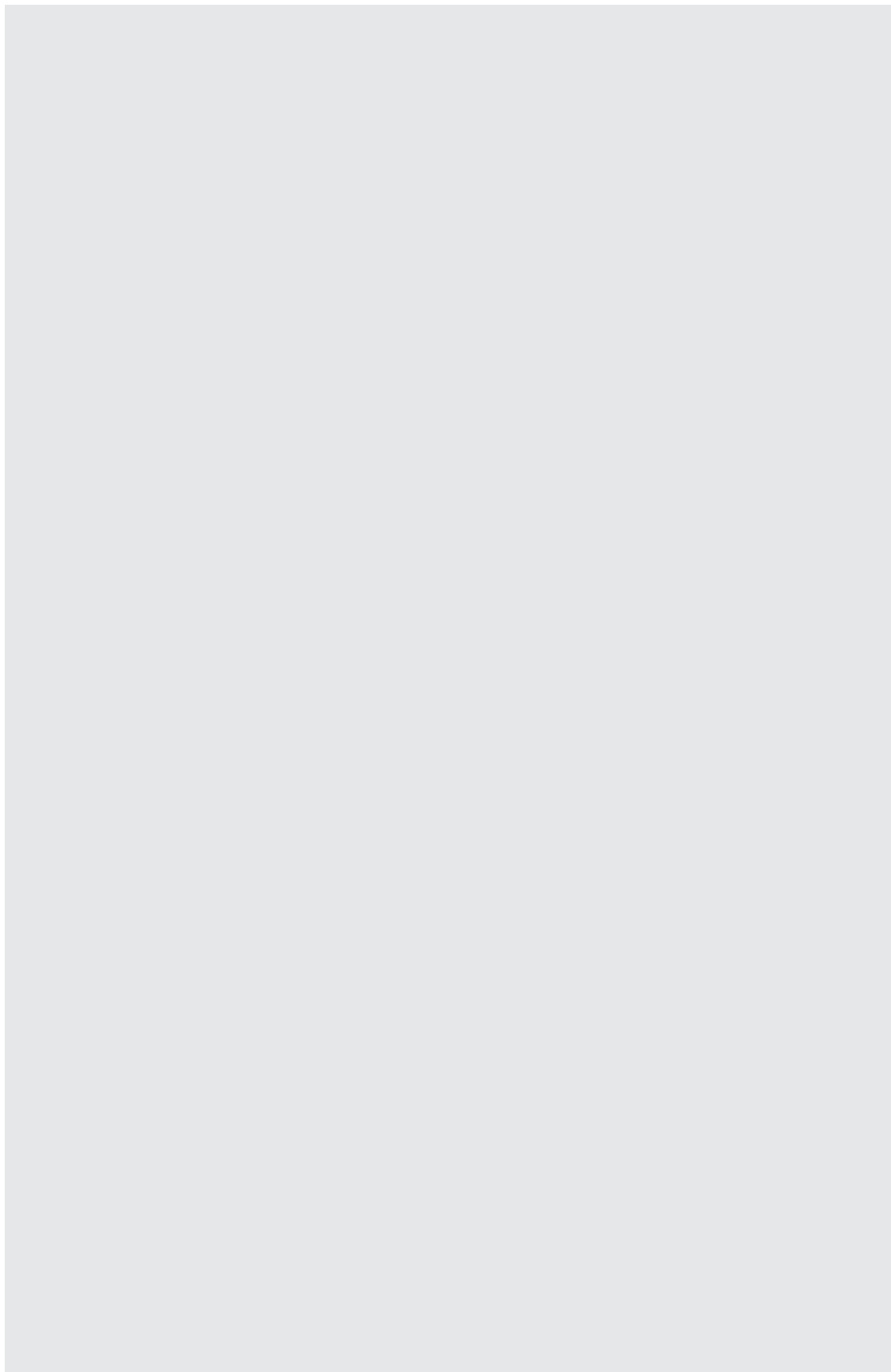
*Danilo Zolo*

bordinazione al *Washington consensus*, potrebbe non solo svolgere un ruolo di equilibrio fra le grandi potenze e operare per la pace, ma anche liberare i cittadini europei – in modo tutto particolare i cittadini italiani – dalla loro condizione di sudditi dell'impero atlantico.



## SEGUNDA PARTE

### LA CONFIGURACIÓN DE LA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

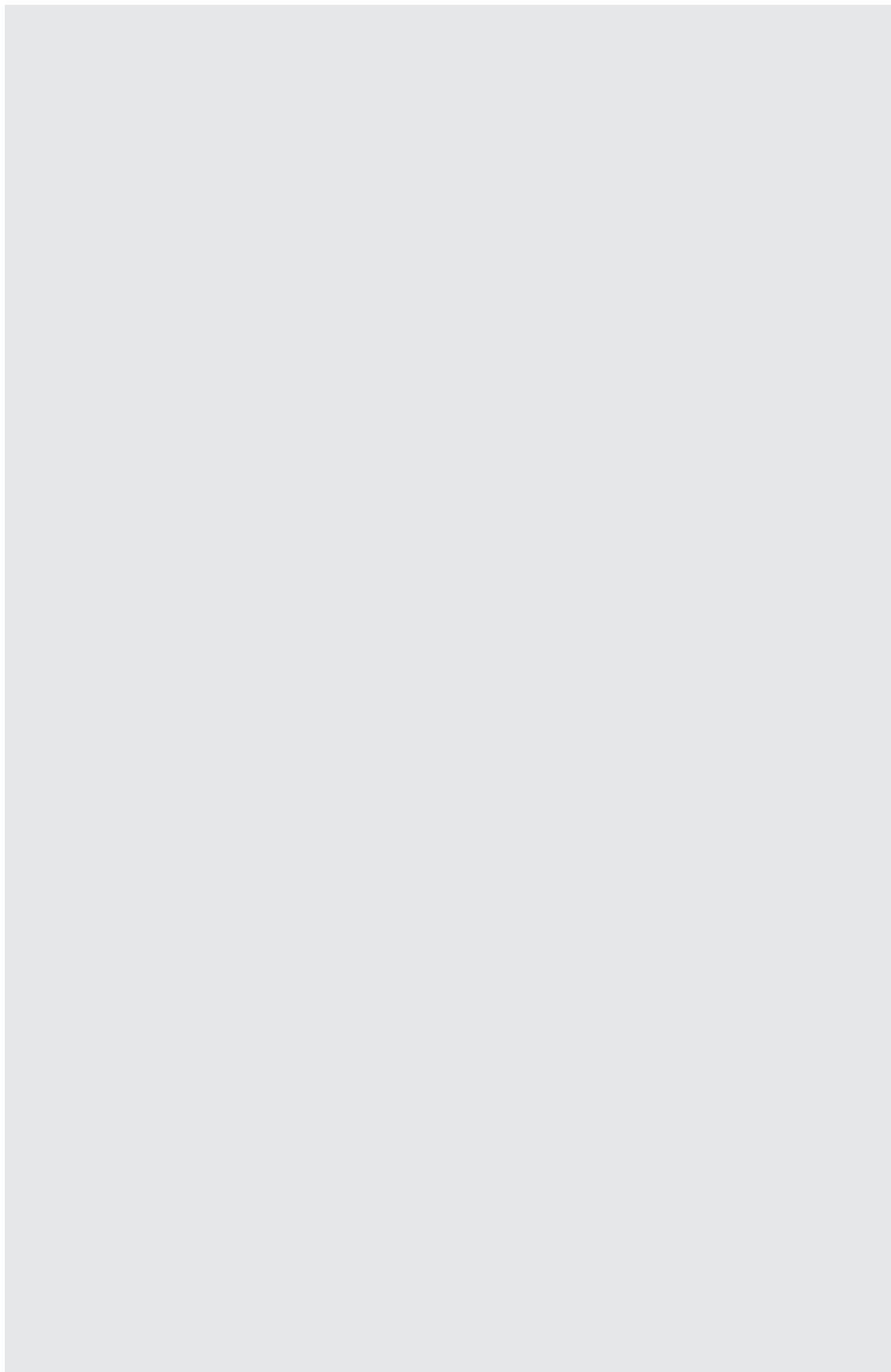


# DEMOCRACIA CIUDADANA Y CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

Miguel Ángel Presno Linera

## SUMARIO

- I. Aproximación.
- II. Estado liberal, soberanía nacional, legitimidad racional y distinción entre ciudadanos «activos» y «pasivos».
- III. Estado democrático, soberanía popular, legitimidad democrática y desaparición de la diferencia entre ciudadanos «activos» y «pasivos».
- IV. Conclusión: la Constitución democrática debe pertenecer a las personas sujetas a ella de modo continuado.



Se tiene por perfectamente natural el privilegio sobre el que se erige el instituto de la nacionalidad, porque se considera —un error que procede precisamente de la tendencia a la limitación de los derechos políticos— que es una institución conceptualmente esencial para el Estado. Con todo, la experiencia política más reciente demuestra que los derechos políticos no tienen que estar necesariamente vinculados a la nacionalidad.

Hans Kelsen, *Von Wesen und Wert der Demokratie*.

La nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación.

Jürgen Habermas: *Faktizität und Geltung*

## I. APROXIMACIÓN.

En el Prólogo al excelente libro de Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*<sup>1</sup>, el profesor Francisco Bastida Freijedo recuerda la pregunta que se hizo Grozio: «¿en virtud de qué un pueblo es pueblo?». La respuesta es: «en virtud de lo que diga la Constitución».

Presupuesto lo anterior, en las páginas siguientes se tratará de explicar qué es lo que, en opinión de quien las escribe, *debería* decir la Constitución a propósito de esa identificación del pueblo, partiendo de la premisa de que la Norma Fundamental de un Estado democrático en el siglo XXI debe fijarse

---

<sup>1</sup> Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. También, de manera más breve, en Pietro COSTA/Benito ALÁEZ CORRAL: *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, págs. 49 y sigs.

como objetivo, como proclama el Preámbulo de la Constitución española de 1978, «establecer una sociedad democrática avanzada» o, en los términos filosófico-políticos de Avishai Margalit, una «sociedad decente»<sup>2</sup>, entendida como aquella en la que no hay ciudadanos de segunda clase, personas gobernadas en tanto sujetas a la Constitución pero que no pueden actuar como gobernantes pues no les pertenece la Constitución.

Es obvio que la pregunta de Grozio se formula hoy en un contexto político, social, cultural y económico en el que los ordenamientos estatales se aplican a un número cada vez mayor de personas que no ostentan la nacionalidad del Estado en cuyo territorio residen. Este fenómeno se advierte con especial intensidad en espacios geopolíticos como el Consejo de Europa<sup>3</sup> y, en especial, en la Unión Europea, donde, según cifras de Eurostat referidas a 2010<sup>4</sup>, viven en una situación de residencia legal 32,5 millones de extranjeros, de los que 12,3 millones son originarios de la Unión que viven en otro Estado y 20,2 millones de países terceros. Alemania y España son los Estados con mayor número de personas extranjeras: en España había en 2010 5.663.000 extranjeros, el 12,3% de la población total, y en Alemania 7,1 millones, el 8,7% de la población. De los 5,6 millones de extranjeros en España, 2,3 millones procedían de otro Estado miembro y 3,3 millones de países extracomunitarios. Los datos de algunos Estados son especialmente llamativos: así, en Luxemburgo los extranjeros suponen el 43% de la población total; en Letonia el 17 %, en Estonia y Chipre el 16%. En total, la

---

<sup>2</sup> Avishai MARGALIT: *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997.

<sup>3</sup> Por lo que al Consejo de Europa se refiere, y como colofón de un proceso iniciado veinte años antes, aprobó el 5 de febrero de 1992 la «Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local». En este texto, «considerando que la residencia de extranjeros en el territorio nacional será, en lo sucesivo, una característica permanente de las sociedades europeas; que los residentes extranjeros están, en el ámbito local, sometidos en general a los mismos deberes que los ciudadanos; conscientes de la participación activa de los residentes extranjeros en la vida y en el desarrollo próspero de la colectividad local, y convencidos de la necesidad de mejorar su integración en la comunidad local, en particular mediante el incremento de las posibilidades de participación en los asuntos públicos locales», se prevé (artículo 6) que «cada parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1, a conceder el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que éste cumpla las mismas condiciones que se aplican a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones».

<sup>4</sup> <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/documents/Tab/report.pdf>

población nacida en el extranjero supone el 9,4% del total en los Veintisiete Estados. En España, la cifra de nacidos en otro país asciende a 6,4 millones (14% de la población total)<sup>5</sup>.

Y en este contexto, debe recordarse que el artículo 45.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido en el Título V (Ciudadanía), reconoce que «todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Además, el apartado 2 dice que «podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro»<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ruth RUBIO MARÍN estudia las transformaciones que la inmigración debe implicar en las sociedades democráticas; véanse *Inmigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University Press, 2000, y «La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales», *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 11 y sigs.

<sup>6</sup> En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de julio de 2008, en el asunto C-127/08 (*Metock*), dicho órgano concluyó que «el Legislador comunitario es competente para regular, como lo hizo mediante la Directiva 2004/38, la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro en el que éste haya ejercido su derecho a la libre circulación, incluso cuando los miembros de la familia no residan ya legalmente en otro Estado miembro... (que) la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión debe interpretarse como el derecho de abandonar cualquier Estado miembro, y en particular el Estado miembro del que el ciudadano de la Unión tenga la nacionalidad, para establecerse, en las mismas condiciones, en cualquier Estado miembro, distinto del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión tenga la nacionalidad... (que) la Directiva 2004/38 concede a cualquier nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión..., que acompaña o se reúne con ese ciudadano de la Unión en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que tiene la nacionalidad, derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida, independientemente de que ese nacional de un Estado tercero ya haya residido legalmente o no en otro Estado miembro... (que) es irrelevante que los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, entren en el Estado miembro de acogida antes o después de pasar a ser miembros de la familia de ese ciudadano de la Unión, habida cuenta de que la negativa del Estado miembro de acogida a otorgarles el derecho de residencia puede disuadir a ese ciudadano de la Unión de continuar residiendo ese Estado miembro... y que el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, que acompaña a ese ciudadano de la Unión o se reúne con él puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, independientemente del lugar o del momento en que

En el ámbito interno español, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone, en su artículo 32, que

1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Así pues, los nacionales de cualquiera de los países de la Unión Europea y sus familiares tienen derecho a residir de manera indefinida en los demás Estados miembros, y los extranjeros no comunitarios con permiso de larga duración tienen ese mismo derecho en España y también en otros países. De esta manera, y con detalles que luego se irán precisando, la posición de los extranjeros, aunque con distinto fundamento normativo, se aproxima mucho a la que tienen los nacionales en su «casa constitucional» pero hasta ahora son estos últimos los únicos con plena capacidad para decidir qué normas son las que gobiernan lo que es ya una casa común<sup>7</sup>.

En todo caso, y siendo evidente esa composición cada vez más heterogénea de las sociedades actuales, la cuestión no es tanto cuantitativa —el número importante de personas no nacionales que residen en los Estados—

---

hayan contraído matrimonio, o de las circunstancias en que ese nacional de un país tercero haya entrado en el Estado miembro de acogida».

<sup>7</sup> Pietro COSTA sostiene que después de Maastricht el patrón estatal-nacional de la pertenencia deja sitio a un nuevo patrón: el constitucional-europeo; en *Nacionalidad y ciudadanía*,..., págs. 40 y 41.



como cualitativa: ¿por qué un extranjero, al margen de su mayor o menor integración en un país, del tiempo que lleve residiendo, de su voluntad real de participar en la vida política, ..., es considerado un súbdito —Pietro Costa habla de *meteco*<sup>8</sup>— y no un ciudadano?

En otras palabras: ¿es aceptable en términos democráticos mantener indefinidamente a unas personas como integrantes del pueblo gobernado pero sin que puedan ser pueblo gobernante? El profesor Benito Aláez, en el libro ya mencionado, responde que no y aboga por democratizar los requisitos de acceso a la nacionalidad si es condición para la ciudadanía, para ser parte del pueblo gobernante.

Compartiendo esa conclusión, aquí se defenderá una propuesta más radical: las personas, nacionales o extranjeras, sujetas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución española, CE) de manera indefinida en el tiempo —pueblo gobernado—, deben poder autogobernarse políticamente sin necesidad de cambiar de nacionalidad o adquirir la del lugar de residencia, pues una frontera infranqueable entre ciudadanía y extranjería no es compatible con una configuración plenamente democrática de la Constitución<sup>9</sup>.

Y es que si nuestro sistema responde a una concepción democrática que adopta como valores superiores «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1 CE), este norte constitucional tiene su punto de partida en el postulado de que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE). El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo (Sentencia del Tribunal Constitucional, STC, 181/2000, FJ 9), plasmadas en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 46.

<sup>9</sup> Sobre la ciudadanía y la función integradora de su vinculación al ejercicio del derecho de sufragio, Judith SHKLAR: *American citizenship. The Quest for inclusion*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1991.

<sup>10</sup> En extenso sobre la función de la dignidad humana en nuestra Constitución, FRANCISCO BASTIDA EN BASTIDA Y OTROS: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 38 y sigs., e IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid,

Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 implica que (STC 53/1985, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimun* invulnerable que toda relación jurídica —también la ciudadanía— debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

Y en cierta medida este camino ya se inició hace tiempo y es el motivo que explica la atribución, en determinados sistemas jurídicos, de la titularidad de derechos —civiles en el Estado de Derecho y económico-sociales y culturales en el Estado social de Derecho—, de modo indiferenciado a todos los sometidos a un mismo ordenamiento. Así, ni la nacionalidad ni contar con un determinado patrimonio económico o cultural son requisitos imprescindibles, en el primer caso, para el reconocimiento a una persona de derechos como la libertad personal o la propiedad; ni en el segundo para el disfrute del derecho a la educación, a la sanidad o a la cultura.

Si en el Estado liberal o en el Estado social de derecho las cosas podían mantenerse así, un Estado democrático no debe aceptar como petición de principio que persistan otras limitaciones indefinidas y excluyentes al disfrute de derechos que son esenciales a la persona, como el de participar en la toma de las decisiones políticas de la comunidad, porque también ese derecho, calificado ya en mayo de 1886 por el Tribunal Supremo de Estados Unidos como «el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos»<sup>11</sup>, es inherente a la dignidad e igualdad de la persona.

---

2005, págs. 73 y sigs.; en relación con los extranjeros sin permiso de residencia en España, págs. 173 y sigs.

<sup>11</sup> Asunto *Yick Wo v. Hopkins*; varias décadas después el Tribunal Supremo recordó que «en un país libre ningún derecho es más importante que el de poder hacerse oír en la elección de los que aprobarán las leyes bajo las que debemos vivir como buenos ciudadanos. Los demás derechos, incluso los más esenciales, resultarán ilusorios si el derecho de voto se ve menoscabado (*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, de 15 de junio de 1964); ambas sentencias puede leerse en la página gestionada en la Universidad de Cornell; la primera en [http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0118\\_0356\\_ZO.html](http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0118_0356_ZO.html) y la segunda en [http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0377\\_0533\\_ZO.html](http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto *Hirst c. Reino Unido* (n.º 2), de 6 de octubre de 2005, es crucial «para el establecimiento y la conservación de los fundamentos de una democracia auténtica regida por el Estado de derecho»; disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>; en suma, como declara el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada —Chief Electoral Officer—*), de 31 de octubre de 2002, «los derechos garantizados

En este proceso evolutivo se inserta la propia Constitución española cuando, como se recuerda en la STC 236/2007, de 7 de noviembre<sup>12</sup>, dispone (art. 13.1): «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», y el segundo apartado matiza que: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

En el mismo fundamento jurídico (3), se reitera que la remisión a la ley no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, puesto que el Legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los «términos» en los que gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10.

Los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana corresponden por igual a nacionales y extranjeros y, en una enumeración no exhaustiva, en esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1).

El propio Tribunal admite que, en realidad, todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana, aunque, como ocurre en la Constitución española y en otras Normas Fundamentales, es posible que el texto constitucional excluya a los extranjeros del disfrute de determinados derechos, pero dicha exclusión debe entenderse,

---

par la Carta no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad canadiense que no puede ser obviada a la ligera, lo que es particularmente cierto en el derecho de voto, piedra angular de la democracia...»; puede leerse en <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html> en francés y <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html> en inglés.

<sup>12</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9397>

precisamente, como algo «anormal» frente a la regla que supone el reconocimiento de todos los derechos fundamentales a todas las personas, lo que no quiere decir que deba, en todo caso, hacerse en las mismas condiciones, pues, por ejemplo, si el derecho a la vida y a la integridad física corresponde a toda persona, nacional o no, con independencia de su situación administrativa y el período de tiempo que lleve en el territorio, otros derechos pueden condicionarse a una situación administrativa regular y a una previa residencia temporal.

En todo caso, si el reconocimiento de derechos a las personas extranjeras depende del grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad de la persona, difícilmente se podrá justificar, en un Estado democrático que proclama como valores superiores de su ordenamiento «la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político», que el derecho de participación política no está vinculado a la dignidad humana. Y buena prueba de ello es que derechos de índole política, como la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), o vinculados a la participación en el Estado democrático, como los derechos de reunión y asociación (STC 115/1987, FJ 2), son derechos de todas las personas, nacionales o extranjeras, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad.

Así, el Tribunal reitera, a propósito de la libertad de reunión, «el relieve fundamental que este derecho —cauce del principio democrático participativo— posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución» (STC 236/2007, FJ 6). Y respecto al derecho de asociación, hay que decir que «es también un componente esencial de las democracias pluralistas, pues sin ella no parece viable en nuestros días un sistema tal, del que resulta, en definitiva, uno de sus elementos estructurales como ingrediente del Estado Social de Derecho, que configura nuestra Constitución y, por su propia naturaleza, repele cualquier interferencia de los poderes públicos» (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8; 104/1999, de 14 de junio, FJ 3).

En esta línea, y una vez se ha admitido que el derecho constitucional a no ser discriminado también ampara a los extranjeros (STC 137/2000, FJ 1)<sup>13</sup>, sería más coherente con lo previsto en el Preámbulo y en un buen número de preceptos de nuestra Norma Fundamental que la condición de

---

<sup>13</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7311>

no nacional no sirviera para que en todo caso subsista en el derecho de participación política en los asuntos públicos «una diferenciación jurídica de la diferencia», en palabras de Luigi Ferrajoli<sup>14</sup>; es decir, que una identidad determinada por una diferencia valorizada —la nacionalidad española— se asuma como fuente de ese derecho mientras que otra —la extranjería— se configure como un estatus excluyente.

Si la prohibición de discriminación es una norma ello implica que los *diferentes* deben ser tratados y respetados como iguales y esa regla tendría que extenderse en su plenitud a los derechos de participación política. O, lo que es lo mismo, que la capacidad de intervenir en el gobierno de los asuntos locales, admitida en nuestro ordenamiento para los extranjeros, tendría que extenderse, mediante la reforma de la Norma Fundamental, al gobierno de los asuntos autonómicos y estatales. Como explica Pietro Costa, la ciudadanía debe ser un punto de encuentro de demandas variadas y complejas, que alcanzan a la identidad jurídico-política del sujeto, a las modalidades de participación política y a toda su dotación de derechos y deberes<sup>15</sup>. La íntima relación entre derechos fundamentales y persona impide que se pueda justificar una existencia sin libertad y dignidad<sup>16</sup>, y tal cosa se está haciendo si se rechaza la plena equiparación política entre personas que están igualmente afectadas por el proceso de toma de decisiones.

En suma, la igualdad jurídica debe ser igualdad en derechos, también, entre otras cosas, para participar con plenitud en todo tipo de procesos democráticos. Si, como sostiene Massimo La Torre, «la ciudadanía no es el punto de llegada de la integración, sino el punto de partida que permite que se lleve a la práctica»<sup>17</sup>, debemos superar de manera definitiva los restos de liberalismo que anidan en nuestro sistema y que avalan la diferenciación

---

<sup>14</sup> *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 73-96. Ferrajoli fundamenta en la libertad de circulación su concepción de la ciudadanía y de los derechos a ella inherentes, como se puede leer en «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti* (a cura di Danilo Zolo), Laterza, Roma-Bari, 1999 (2.ª edición), págs. 263 y sigs.; este trabajo de Ferrajoli puede leerse también en *Derechos y garantías. La ley del más débil,...*, págs. 97 y sigs.

<sup>15</sup> *Storia della cittadinanza in Europa. I. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma/Bari, 1999-2001, p. VII. Véase también su contribución en este mismo monográfico.

<sup>16</sup> Stefano RODOTÀ: *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, p. 57.

<sup>17</sup> *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 265

entre ciudadanos activos y pasivos, y asumir que en democracia no puede haber súbditos, ciudadanos de segunda. La cuestión, como recuerda el profesor Bastida en el Prólogo mencionado al principio de estas páginas<sup>18</sup>, no es por qué se han de reconocer derechos a los extranjeros, sino ¿por qué no?

En los dos epígrafes siguientes se analizará el tránsito de un Estado liberal, basado en una legitimidad racional y que admite la diferencia entre ciudadanos activos y pasivos, a un Estado democrático, fundado en una legitimidad de esa índole y donde tendría que desaparecer aquella distinción. Es conocido que tal cosa no ha ocurrido por lo que en el epígrafe IV se insistirá en la necesidad de que la ciudadanía democrática se desvincule de la *identidad nacional* y se conecte a la *identidad política*; en palabras de Habermas<sup>19</sup>, la ciudadanía democrática no ha de quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo pues, por encima de la pluralidad de formas de vida culturales, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común<sup>20</sup>.

## II. ESTADO LIBERAL, SOBERANÍA NACIONAL, LEGITIMIDAD RACIONAL Y DISTINCIÓN ENTRE CIUDADANOS «ACTIVOS» Y «PASIVOS».

La atribución de la soberanía a la Nación<sup>21</sup>, como forma de proporcionar seguridad y protección a la sociedad dotada de Constitución<sup>22</sup>, no es un presupuesto ontológico a la tesis de la soberanía nacional, sino que es la consecuencia de entender que puesto que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, DDHC), «el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.

<sup>18</sup> Pág. XVI.

<sup>19</sup> *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 628.

<sup>20</sup> Nos hemos ocupado antes de estas cuestiones; en particular en *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, y en *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, Licencia Creative Commons, 2011, <http://presnolinera.files.wordpress.com/2011/10/el-derecho-de-voto-un-derecho-politico-fundamental-libro.pdf>

<sup>21</sup> «El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella», art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano; en adelante, DDHC.

<sup>22</sup> «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución», art. 16 DDHC.

Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión» (art. 2 DDHC).

Como se ha dicho de forma gráfica, la protección de los derechos y la afirmación de la soberanía nacional son hijas del mismo proceso histórico. La concentración de «imperium» en el Legislador intérprete de la voluntad general aparece como máxima garantía de que nadie podrá ejercer poder y coacción sobre los individuos sino en nombre de la ley general y abstracta. Así se lucha contra un pasado en el que la estructura estamental de la sociedad, de los derechos y de los poderes impedía, al mismo tiempo y en la misma medida, la afirmación de los derechos individuales y un poder público unitario<sup>23</sup>.

Lo cierto es que de manera paulatina se pasa de una legitimidad tradicional a una legitimidad racional como consecuencia del considerable aumento de la complejidad del poder<sup>24</sup>, y es que cuando se llega a cierto grado de complejidad social en la comunicación la legitimación del poder político no puede ser ya de carácter «natural», sino que ha de ser elaborada por el propio sistema político. Resulta necesario garantizar que las decisiones vinculantes serán aceptadas como premisas de comportamiento, sin que se tenga que especificar de antemano qué decisiones concretas se adoptarán. La legitimidad mediante el procedimiento, y a través de la igualdad de posibilidades de obtener decisiones satisfactorias, pasa a ocupar el lugar de las antiguas motivaciones iusnaturalistas o de los métodos de creación de consenso basados en el intercambio<sup>25</sup>.

Y el procedimiento que otorga legitimidad, que garantiza la aceptación social de las decisiones futuras, es el legislativo, lo que a su vez reposa en

---

<sup>23</sup> Así, Maurizio FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales. Apunte de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 58.

<sup>24</sup> Véanse Max WEBER: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974 (2.<sup>a</sup> edición), Tomo I, págs. 170 y sigs., y Tomo II, págs. 706 y sigs.; y Martin KRIELE: *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Westdeutscher, Opladen, 1990 (4. Auflage), pág. 320; en la traducción al castellano de esta última obra, realizada por Eugenio Bulygin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 450.

<sup>25</sup> Niklas LUHMANN: *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt/Neuwied, 1978 (3. Auflage), pág. 30; siguiendo a este autor, cabe hablar de legitimidad para referirse a la disponibilidad generalizada para aceptar, dentro de determinados límites de tolerancia, decisiones todavía indeterminadas en su contenido; ob. cit., pág. 28; también en *Die Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, págs. 147 y sigs.



la confianza sobre la labor que llevará a cabo el Legislador. La racionalidad que debe caracterizar ahora al proceso de legitimación, y que se enmarca en un proceso de más amplio calado, la Ilustración<sup>26</sup>, descansa, como es sabido, en el sometimiento del poder a los dictados de la Razón, que tiene que presidir la adopción de las decisiones en la institución parlamentaria, donde se discute y aprueba lo que ha de constituir el interés general.

Pero en lo que a los individuos se refiere, lo que les preocupa no es tanto intervenir en el gobierno del Estado, como asegurar la libertad de la sociedad, por lo que se propugna una neta separación entre estos ámbitos que les permita a ellos dedicarse a sus actividades privadas. Es éste, como dirá más adelante Benjamín Constant, el rasgo que caracteriza a la «libertad de los modernos» frente a la «de los antiguos»<sup>27</sup>.

Por esta razón, el nombramiento de representantes persigue que se ocupen del ámbito de lo público, sin que se perturben las actividades sociales, dispensando así al resto de los ciudadanos de cualquier preocupación por el funcionamiento de los poderes del Estado, y al mismo tiempo estableciendo mecanismos de seguridad frente a los propios poderes del Estado, pues la elección periódica de los que han de articular y dar forma a la voluntad estatal evita que se institucionalicen los abusos. Este último es el objetivo ínsito en la teoría política utilitarista, en particular en la obra, de raigambre ya liberal-democrática, de Bentham<sup>28</sup>, lo que ha a su vez ha impulsado a Macpherson a englobar esta forma de entender la articulación del Estado bajo la rúbrica de «democracia como protección para el hombre de mercado»<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Véase ERHARD, KANT Y OTROS: *¿Qué es Ilustración?*, Estudio preliminar de Agapito Maestre, Tecnos, Madrid, 1989.

<sup>27</sup> Según este autor, el objetivo de los antiguos era el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria; el de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados... El sistema representativo no es otra cosa que una organización que ayuda a una nación a descargar en algunos individuos lo que no puede o no quiere hacer por sí misma; véanse sus *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 269 y sigs.

<sup>28</sup> Jeremy BENTHAM desarrolla las cautelas necesarias para evitar el abuso de poder por parte de los parlamentarios en su «Código constitucional», donde pone de manifiesto la conveniencia de limitar la duración del mandato, impedir la reelección inmediata de los representantes y habla incluso de la posibilidad de revocar a un parlamentario si lo solicita la cuarta parte de los electores y éstos lo deciden por mayoría; véase al respecto *Constitutional Code. Volume I*, (edited by F. Rosen and J. H. Burns), Clarendon Press, Oxford, 1991, (reprinted), págs. 117 y sigs.

<sup>29</sup> Véase su obra *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1981, págs. 35 y sigs.



Los derechos «naturales, inalienables y sagrados del hombre» (Preámbulo DDHC) son los que Constant calificaría de «libertad de los modernos»; es decir, «la seguridad en los disfrutes privados»<sup>30</sup>. Para garantizar dicho disfrute y, en consecuencia, el cumplimiento del objetivo de toda organización política, se confiere a unos determinados individuos, los «ciudadanos activos», la misión de elegir a otros, los «electores», que, a su vez, nombrarán a los «representantes de la Nación», quienes ejercerán por delegación de ésta el poder legislativo.

La razón que explica la asignación de esa tarea a los «ciudadanos activos» y la confianza en que desarrollarán de manera correcta su labor, reposa en la certeza de que son los que están capacitados para llevar a cabo una elección dirigida en exclusiva a conseguir que la ley será «la expresión de la voluntad general» (art. 6 DDHC) y, en consecuencia, el instrumento adecuado para establecer los únicos límites admisibles a la libertad de las personas («la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley», art. 4 DDHC).

En definitiva, el objetivo de la institución representativa se centra en la búsqueda del interés general de la Nación, no en la tutela de intereses concretos y particulares, cuya realización se confía directamente a los propios mecanismos sociales; se trata, y esto es lo importante, de dotar a la representación de un contenido político, abstracto, en lugar de los concretos y específicos contenidos propios de la época estamental<sup>31</sup>.

La nueva concepción del Estado determina el diferente sentido de la representación. Y como ahora el poder soberano se atribuye a la Nación, lo que excluye que el monarca y, en general, cualquier individuo o institución pueda ser considerado soberano, esa Nación, de la que emanan todos los poderes y que no puede ejercerlos más que por delegación, necesitará la

---

<sup>30</sup> Ob. cit., pág. 269.

<sup>31</sup> Véanse, sobre estas cuestiones, Joaquín VARELA SUANZES: *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; en especial las págs. 175 y sigs., relativas a la naturaleza de los sujetos de imputación del poder y la teoría de la representación; y Ángel GARRORENA MORALES: *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 23 y sigs.

intervención de los representantes<sup>32</sup>. La soberanía es ahora una potestad esencialmente nacional que existe en razón del interés de la Nación y no del interés personal del monarca. No es un atributo personal del rey ni de los gobernantes, por lo que no les pertenece ni puede ser ejercida por ellos en beneficio propio<sup>33</sup>. La soberanía tiene, en esencia, un componente negativo: se trata de atribuir el poder a una entidad que no pueda ejercerlo por sí misma, con lo que se evitan posibles actuaciones abusivas sobre la sociedad.

De esta manera, como ya se ha apuntado, la estructuración del poder contribuye de manera decisiva a la protección de los derechos de los individuos. Por otra parte, al ser la Nación un sujeto ideal, distinto de la suma de los individuos que lo componen, necesita un sistema para la expresión de su voluntad, el representativo. Así, el principio de soberanía nacional se presenta, tanto desde una perspectiva lógica como desde un punto de vista histórico, unido al sistema representativo<sup>34</sup>.

En realidad los representantes no manifestaban una voluntad preexistente, sino que la constituían; por este motivo, ostentaban esa condición en la medida en que decidían por la Nación y esta función la desempeñaban, no a título particular, sino como integrantes de esa Asamblea a la que se calificaba como Nacional. Lo relevante era que los diputados «quisieran» por la Nación; eso les convertía en auténticos representantes y no el hecho de que hubieran sido elegidos, puesto que, en realidad, no lo habían sido por la entidad a la que representaban, sino por unos ciudadanos a los que se les había encomendado, por parte del titular de la soberanía, esa función. De este presupuesto se derivaban varias e importantes consecuencias tanto en lo que hacía referencia a la propia condición de representante como en lo relativo a la función electoral.

---

<sup>32</sup> En palabras de John LOCKE, «resulta evidente que la monarquía absoluta, a la que ciertas personas consideran como el único gobierno del mundo es, en realidad, incompatible con la sociedad civil, y, por ello, no puede ni siquiera considerarse como una forma de poder civil», en *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 66.

<sup>33</sup> Raymond CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Sirey, París, 1922, volumen II, págs. 170 y sigs.

<sup>34</sup> Sobre la soberanía nacional y el fundamento de los poderes del Estado, véase Ramón PUNSET BLANCO: «En el Estado constitucional hay soberano. Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, n.º 1, 1998, págs. 339 y sigs.

Respecto de la primera cuestión, es necesario recordar que, como disponía el artículo 2 del Título III de la Constitución de 1791, «La Nación, de la que emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa...». Es decir, el ejercicio de los poderes soberanos no era directo, sino a través de una delegación que se atribuía a los representantes y esta condición, según el mencionado precepto, la ostentaban «el Cuerpo legislativo y el Rey». De este modo se atribuía la condición de representante al Rey a pesar de que, por definición, su cargo no se debía a una elección, y esa atribución se fundamentaba, precisamente, en su carácter de delegado de la Nación para, entre otras tareas, colaborar al ejercicio del poder legislativo y desempeñar el poder ejecutivo. El Rey era representante en tanto contribuía a manifestar la voluntad de la Nación.

Por la misma razón, no eran representantes de la Nación, a pesar de que sí habían sido elegidos, los «administradores», puesto que no tenían la facultad de «querer por ella». De conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Sección II del Capítulo IV del Título III, «Los administradores no tienen naturaleza representativa. Son agentes elegidos periódicamente por el pueblo para ejercer, bajo la supervisión de la autoridad real, las funciones administrativas».

En segundo lugar, y por lo que respecta a la elección de los representantes, se concebía como una función que la Nación encomendaba a una parte de los ciudadanos para que éstos, en nombre y por cuenta de aquélla, seleccionasen a los que iban a constituir la voluntad nacional. Con la elección no se verificaba ninguna trasmisión o delegación de poder, pues quien la llevaba a cabo carecía del mismo y los elegidos no podían, en buena lógica, ser «sus» representantes. Como declaraba el texto constitucional, «los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la Nación entera, y no se les podrá dar ningún mandato». (art. 7, Sec. III, Cap. I, Tít. III)<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Son ilustrativas en esta materia las declaraciones efectuadas por algunos componentes significados de la Asamblea Constituyente; así, para Barnave «la Nación no hace más que comunicar a ciertas secciones el poder de elegir que ella tiene: da a dichas secciones el derecho a nombrar diputados para todo el reino»; «la condición de elector sólo es una función pública a la que nadie tiene derecho, y que concede la sociedad según se lo prescribe su interés. La función de elector no es un derecho, sino que cada uno la ejerce por todos». Por su parte, Thouret declara que «cuando un pueblo es obligado a elegir por secciones, cada una de las secciones, incluso cuando se elige inmediatamente, no elige por sí misma, sino por la Nación entera... La condición de elector se funda en una comisión po-

La elección era, pues, otra tarea delegada por la Nación y podía encomendarla a los que considerase más capacitados. Y la manera de asegurar que la ley sería la expresión de la voluntad general y no manifestación de voluntades particulares, puesto que «ya no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo, privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses» (Preámbulo de la Constitución de 1791), era confiar su elaboración, directa («representantes de la Nación») e indirecta («ciudadanos activos» y «electores»), a quienes, racionalmente, carecían de intereses propios en su aprobación por tener ya asegurada de modo particular la satisfacción de los mismos<sup>36</sup>.

Si la soberanía nacional se dirigía a garantizar que los individuos integrantes de la Nación serían libres e iguales en sus derechos naturales e

---

lítica, de la cual la potestad pública tiene derecho a regular la delegación», ambos citados por Carré de Malberg en la *Contribution...*, págs. 244 y 245.

<sup>36</sup> De acuerdo con el capítulo primero del Título III («De los poderes públicos») de la Constitución de 1791, «Para ser ciudadano activo hace falta: nacer o haberse hecho francés; tener la edad de veinticinco años cumplidos; estar domiciliado en la ciudad o cantón durante el tiempo determinado por la ley; pagar, en cualquier lugar del Reno, una contribución directa al menos igual al valor de tres jornadas de trabajo y acreditarlo con recibo; no ser criado doméstico; estar inscrito en la municipalidad de su domicilio en el Registro de guardias nacionales; haber prestado el juramento cívico». (art. 2.º de la Sección Segunda); «Están excluidos del ejercicio de los derechos del ciudadano activo los que estén acusados; los que, después de haber sido declarados en estado de quiebra o de insolvencia, probada por documentos auténticos, no realicen un descargo general de sus acreedores». (art. 5 de la Sección Segunda); «Nadie podrá ser nombrado elector si no reúne las condiciones necesarias para ser ciudadano activo, a saber: en las ciudades por encima de seis mil almas, ser propietario o usufructuario de un bien evaluado atendiendo a los registros de contribución en una renta igual al valor local de doscientas jornadas de trabajo o ser arrendador de una vivienda evaluada, por los mismos registros, en una renta igual al valor de ciento cincuenta jornadas de trabajo; en ciudades por debajo de seis mil almas, ser propietario o usufructuario de un bien evaluado atendiendo a los registros de contribución en una renta igual al valor local de ciento cincuenta jornadas de trabajo o ser arrendador de una vivienda evaluada, por los mismos registros, en una renta igual al valor de cien jornadas de trabajo; y en el campo, ser propietario o usufructuario de un bien evaluado atendiendo a los registros de contribución en una renta igual al valor local de ciento cincuenta jornadas de trabajo o ser arrendador o aparcerero de bienes evaluados, según los mismos registros, al valor de cuatrocientas jornadas de trabajo; con respecto a quienes sean al mismo tiempo propietarios o usufructuarios, de una parte, y arrendadores y aparceros, de otra, sus facultades, en atención a estos diferentes títulos, se acumularán hasta el porcentaje necesario para establecer su elegibilidad». (art. 7 de la Sección Segunda). «Todos los ciudadanos activos, cualquiera que sea su estado, profesión o contribución, podrán ser elegidos representantes de la Nación». (art. 3 de la Sección Tercera).

imprescriptibles (libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión), para la consecución de este objetivo no era necesario que todos ellos articulasen la voluntad de la Nación; bastaba que dicha tarea se encomendase a los capacitados para ello, los «ciudadanos activos». Tampoco los ciudadanos franceses, «activos» o «pasivos», eran titulares de la soberanía, que pertenecía a la Nación; «ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio» (art. 1 del Título III), objetivo éste que sería más bien propio de la «libertad de los antiguos», preocupados por «el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria»<sup>37</sup>.

En todos estos rasgos se aprecia la diferencia entre el Estado liberal y su evolución representada por el Estado democrático, al que se llegará cuando se produzca un cambio radical en la forma de concebir la libertad, no en una mera evolución de la misma del Estado liberal al democrático. Aunque ambos «tienen como preocupación fundamental la libertad, no se puede sostener que se trata sólo de dos perspectivas distintas, negativa y positiva, de una misma idea de libertad. Una y otra enfocan objetivos diferentes: la primera, el individuo y su libertad; la segunda, la sociedad y su libertad, la de todos y cada uno de sus miembros. El liberalismo busca la protección de la libertad individual e instrumenta la libertad de participación como un medio para asegurarla. La democracia busca la libertad de todos, por lo que convierte la libertad de participación en la máxima libertad del ciudadano»<sup>38</sup>.

### III. ESTADO DEMOCRÁTICO, SOBERANÍA POPULAR, LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DESAPARICIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE CIUDADANOS «ACTIVOS» Y «PASIVOS».

Si la soberanía de la Nación se entrecruzaba con la libertad y seguridad que se pretendían garantizar a los individuos, la soberanía popular está ligada a la tutela de los derechos de participación en la toma de las decisiones políticas de la comunidad, fórmula a través de la cual se produce la autodeterminación política de los individuos y, en definitiva, el pueblo gobernado se convierte en pueblo gobernante.

La garantía de la participación de los ciudadanos en determinados ámbitos políticos de la organización estatal hace posible la expresión del pluralismo existente en la sociedad y la intervención en el ejercicio efectivo del poder soberano. Sin el reconocimiento y tutela de la participación no

<sup>37</sup> Constant: ob. cit., pág. 269.

<sup>38</sup> Francisco J. BASTIDA FREJEDO: «Elecciones y Estado democrático de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991, pág. 123.

hay democracia porque aquélla es su fundamento funcional; participación y conformación del *status* político representan las garantías constitutivas del orden democrático<sup>39</sup>. Como se ha dicho, la exigencia no es tanto que la decisión la adopten todos (democracia plebiscitaria), como que todos puedan participar (democracia deliberativa)<sup>40</sup>.

La participación, como elemento esencial de realización democrática del sistema, puede organizarse de diferentes formas, siendo las principales la intervención directa de los individuos y su actuación a través de representantes. La organización de estas formas de participación debe garantizar la realización del principio democrático, por lo que la opción en favor de una u otra ha de responder al objetivo insito en ese principio, lo que en unos casos demandará la intervención inmediata de los ciudadanos y en otros se articulará merced a los representantes<sup>41</sup>.

En definitiva, la intervención de los integrantes de la sociedad en la adopción de las decisiones políticas fundamentales para el desarrollo de la comunidad es la esencia y el valor de la democracia moderna y esa participación se realiza de modo principal, aunque no único, a través de la posibilidad de elegir a los representantes y de decidir de modo inmediato sobre la adopción de concretas medidas políticas o sobre la aprobación de normas jurídicas relevantes.

A diferencia de lo que sucedía en la época liberal, en la que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder cumplía, en última instancia, una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el Legislador a la libertad «natural» de las personas, en un sistema democrático, la posi-

---

<sup>39</sup> Véase Hans-Peter SCHNEIDER: «Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungstaat», en *Grundrechte als Fundament der Demokratie* (Hrsg. von Joachim Perels), Suhrkamp, Frankfurt, 1979, págs. 28 y sigs.; (hay traducción española recogida en la obra *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 140 y sigs).

<sup>40</sup> Así, Francisco José BASTIDA FREIJEDO: «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos...*, n.º 1, pág. 450.

<sup>41</sup> En palabras de MACPHERSON, «la combinación de un mecanismo democrático directo/indirecto piramidal con la continuación del sistema de partidos parece fundamental. El sistema piramidal es lo único que permitirá incorporar una democracia directa en una estructura nacional de gobierno, y hace falta una medida importante de democracia directa para llegar a algo que se pueda calificar de democracia participativa. Al mismo tiempo, debe suponerse que existen partidos políticos competitivos, partidos cuyas reivindicaciones no se puedan aplastar sin incurrir en incoherencia con lo que cabe calificar de democracia liberal».; *La democracia liberal y su época...*, pág. 135.

bilidad, articulada jurídicamente, de que los individuos pueden participar en el ejercicio del poder, sirve para canalizar el flujo de comunicaciones políticas de la sociedad al Estado, con lo que se hace posible que la comunidad política se constituya como tal en la medida en que se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política; se alcanza así una nueva legitimidad, una legitimidad democrática.

La posibilidad jurídica de ejercer esta forma de autogobierno es un atributo reconocido a los integrantes de una sociedad determinada y una garantía de la propia existencia democrática de esa comunidad. De esta manera, se puede articular políticamente dicha sociedad asegurando que los individuos que lo deseen podrán configurarla de conformidad con sus designios. Con ello no se busca fundamentar la participación en un derecho natural preexistente a la organización del poder político, sino poner de relieve que ese poder es democrático si se ejercita y desarrolla según la orientación que le otorgan en cada momento los destinatarios inmediatos de sus decisiones.

Con estas premisas, el ejercicio de la soberanía en un sistema democrático está al servicio de la expresión plural de las comunicaciones políticas de las personas y su efectiva realización constituye el auténtico banco de pruebas del carácter libre y plural de la sociedad organizada en Estado, una vez superados los estadios correspondientes al Estado de Derecho y al Estado social de Derecho. Por este motivo, los derechos de participación política deben alcanzar al conjunto de individuos que se colocan en la posición de destinatarios habituales, en tanto que residentes continuados en un territorio, de las normas jurídicas emanadas por la organización política que ejerce el poder en ese territorio.

Si, por utilizar, las palabras de Hans Kelsen, la democracia es la idea de una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva o, más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo —«Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo»—, habrá que preguntarse con él «¿qué es el pueblo?»<sup>42</sup>.

El pueblo que participa en el ejercicio del poder ha de ser el reflejo más exacto posible del pueblo que en cuanto tal, y por eso sometido a un sistema

---

<sup>42</sup> *Von Wesen und Wert der Demokratie* (Neudruck der zweiten, umgearbeiteten Auflage von 1929, Tubinga), Scientia Verlag Aalen, 1963, pág. 15.

jurídico, es el destinatario inmediato de las normas que integran ese ordenamiento. Estaríamos así ante un pueblo entendido, en palabras de Häberle, como una «asociación de ciudadanos» y la democracia es el «imperio de los ciudadanos», no del pueblo en el sentido rousseauiano<sup>43</sup>.

Si en democracia no cabe la separación política entre el Estado y el pueblo, tampoco puede admitirse la diferenciación, con consecuencias jurídicas, entre la sociedad y el pueblo, distinción propuesta por Josef Isensee para explicar por qué en la República Federal de Alemania los extranjeros disfrutaban de los derechos fundamentales como integrantes de la sociedad, pero no del derecho de participación política, reservado al pueblo alemán y del que ellos no forman parte<sup>44</sup>. Según este autor, la consecuencia práctica de la diferenciación entre pueblo y sociedad es que los extranjeros que se han integrado en la sociedad alemana a través de la residencia y la actividad profesional disfrutaban de los derechos fundamentales, pero no pueden acceder al derecho de sufragio en los ámbitos estatal ni municipal. No tienen derecho a decidir sobre la representación de un pueblo del que no forman parte. «La democracia impide decidir por otro»<sup>45</sup>.

Esta concepción toma como punto de partida una precomprensión «nacional», ligada a la nacionalidad, de la noción de pueblo, y concluye en la atribución de los derechos políticos de la ciudadanía a los nacionales. Se asimila el ciudadano al nacional, cuando, al menos es la tesis que aquí se mantiene, la condición de ciudadano tendría que otorgarse, con sus derechos y obligaciones, a todo el que se somete de forma prolongada en el tiempo a un determinado ordenamiento, sea o no nacional del Estado en cuestión.

Esta aproximación del pueblo gobernado al pueblo que gobierna, de la sociedad al Estado, se desenvuelve a lo largo de un proceso histórico y se construye a partir de una serie de abstracciones dirigidas a otorgar la condición de miembro de la sociedad y, por lo tanto, integrante del pueblo gobernado que puede actuar como parte del pueblo gobernante, a todo el que, dotado de capacidad para participar en la formación de comunicacio-

---

<sup>43</sup> *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, Juristenzeitung, 1975, pág. 302.

<sup>44</sup> Cfr. «Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen», en *Der Staat*, 1981, págs. 161 y sigs.; en el mismo sentido, Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, 1981, Frankfurt, págs. 311 y sigs.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 166.



nes políticas relativas al autogobierno de una comunidad, se somete con cierta continuidad temporal a un sistema normativo. Es este sometimiento a ese conjunto de derechos y deberes lo que le convierte en miembro de la sociedad, en ciudadano, y por tanto el que le otorga la posibilidad de opinar sobre lo que han de disponer esas normas. En puros términos de democracia, la ciudadanía se identifica así con la aceptación de las reglas que gobiernan una determinada sociedad; es esta aceptación, expresada a través de la residencia, la que convierte a un individuo, tomado en abstracto, en ciudadano.

Cuando el Estado admite que un individuo tenga la condición de residente surge una relación integrada por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que tendría que desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. De esta manera se puede calificar la ciudadanía como una relación jurídica<sup>46</sup> y no como un concreto *status* de la persona; es decir, como una particular esfera de capacidad jurídica en la que el individuo se ve inmerso cuando entra en relación con el Estado.

La teoría de los *status* mantiene en esencia los rasgos dibujados por Jellinek en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*<sup>47</sup>. Para este autor, toda exigencia de Derecho público nace de una determinada posición de la persona respecto del Estado, posición que es designada como un *status*. De acuerdo con esta manera de entender la relación de los individuos con el Estado, no cabe reconocerle a los primeros una posición unitaria, puesto que su capacidad jurídica se fragmenta en una multiplicidad de *status* diferentes: pasivo, negativo, positivo y activo<sup>48</sup>. Como consecuencia, los derechos subjetivos son pretensiones jurídicas que se derivan de esas cualificaciones concretas de la personalidad<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> El concepto de relación jurídica que aquí se utiliza es el desarrollado por Kelsen en sus obras *Reine Rechtslehre* (Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960), Frank Deuticke, Viena, 1976, págs. 167 y sigs., y en *Allgemeine Staatslehre* (Nachdruck der resten Auflage von 1925), Verlag Dr. Max Gehlen, Berlín, 1966, págs. 82 y sigs., y 144 y sigs.

<sup>47</sup> Esta obra se ha consultado en la versión ofrecida por la segunda reimpression de la segunda edición (Tubinga, 1919), publicada por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1979.

<sup>48</sup> *Ibidem*, págs. 87 y sigs.

<sup>49</sup> Para un análisis pormenorizado de la teoría de los *status* de Jellinek en relación con los derechos fundamentales, véase Robert ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, págs. 229 y sigs.; analiza de manera crítica dicha teoría en relación con la nacionalidad, Marco CUNIBERTI: *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padua, 1997, págs. 17 y sigs.

Jellinek concibe el *status* pasivo (*status subjectionis*)<sup>50</sup> como aquel en el que el individuo se encuentra sometido a una serie de mandatos o prohibiciones de cualesquiera tipo frente al Estado, que, en consecuencia, está así dotado de la competencia para imponerlos. El *status* negativo (*status libertatis*) se puede definir como una esfera individual libre de la autoridad estatal<sup>51</sup>. En este ámbito nos encontramos ante una exclusión del *imperium* del Estado, que no puede intervenir en determinadas áreas de la existencia individual (la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia,...). La esfera de libertad del individuo está formada por todo aquello que queda fuera de las limitaciones que le han sido impuestas. De esta posición de la persona nace la exigencia de que desaparezcan todas las intromisiones del Estado que lesionan la libertad.

El *status* positivo, o *status civitatis*, concede al individuo pretensiones jurídicas positivas. De esta manera, los miembros de un mismo pueblo participan de la vida jurídica mediante al protección que el ordenamiento confiere a sus intereses particulares<sup>52</sup>. Por último, el *status* activo (*status activae civitatis*)<sup>53</sup> se otorga cuando el Estado reconoce al individuo la posibilidad de actuar por cuenta suya, de la que resulta la situación de ciudadano activo, que se corresponde con el ejercicio de los derechos políticos.

Pues bien, en la actualidad, y sin entrar en cuestiones que exceden el objeto propio de estas páginas, la teoría de los *status* se aplica en materia de derechos políticos, al igual, como resulta obvio, que en otros ámbitos del ordenamiento<sup>54</sup>. El *status* que presupone la titularidad de los mencionados derechos es el de nacional, por lo que las personas que tiene el estatuto de extranjeros no son titulares de ellos.

Jellinek diría que sólo los españoles pueden ostentar el *status activae civitatis*, salvo en las elecciones municipales y, en el caso de los nacionales de los países pertenecientes a la Unión Europea, en los comicios al Parlamento Europeo. En los términos del artículo 13.2 de nuestro texto constitucional, «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en

---

<sup>50</sup> *System...*, págs. 288 y sigs.

<sup>51</sup> Ob. cit., págs. 94 y sigs.

<sup>52</sup> Ob. cit., págs. 114 y sigs.

<sup>53</sup> Págs. 136 y sigs.

<sup>54</sup> Por citar un ejemplo relevante dentro de la teoría política y sociológica, Thomas H. MARSHALL se sirve de la idea de *status* para articular su concepto de «ciudadanía» en su obra *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, 1950.

el artículo 23 de nuestra Constitución, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Y en materia de derechos políticos ese *status* es inalcanzable para el extranjero incluso en el plano legal, pues tampoco el Legislador, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales, puede reconocerles esa condición a través de una ley o la ratificación de un tratado internacional; no en vano el contenido del apartado segundo del artículo 13 es una excepción a lo dispuesto en el número primero («Los extranjeros gozarán en España de las libertades que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley»).

A pesar del carácter netamente democrático de nuestro sistema constitucional, seguimos inmersos en una concepción «nacional» de la ciudadanía; en la teoría de los *status* (nacional/extranjero), que trae causa de la consideración del «pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado» como el pueblo formado por las personas que tienen la nacionalidad española. Pero en términos de coherencia democrática, la disyuntiva no es entre nacional y extranjero, sino entre persona sujeta continuamente al ordenamiento —español residente y extranjero residente permanente— y persona sujeta de forma circunstancial —español no residente, extranjero residente temporalmente—. Y es que, como se ha dicho con acierto, «el pueblo soberano lo forman no los nacionales, sino los ciudadanos; las generaciones vivas de ciudadanos, no las generaciones vivas de los que pertenecen a una comunidad de descendencia (nación)»<sup>55</sup>.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DEBE PERTENECER A LAS PERSONAS SUJETAS A ELLA DE MODO CONTINUADO.

Se empezaban estas páginas recordando que un pueblo es pueblo gobernado en virtud de su pertenencia-sujeción a la Constitución; en términos democráticos, a los integrantes de ese pueblo que tengan plena capacidad de autodeterminación política debe pertenecerles la Constitución como pueblo

---

<sup>55</sup> Francisco BASTIDA FREJEDO: «La soberanía borrosa: la democracia»,..., pág. 413; previamente, en el mismo sentido, Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez*..., págs. 620 y sigs., y Gustavo GOZZI: «Cittadinanza e democrazia. Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea», en *Democracia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee* (a cura di Gustavo Gozzi), Il Mulino, Bolonia, 1997, págs. 199 y sigs.

gobernante. Y en el caso español, no debe resultar trivial que en el mismo precepto (artículo 9) en el que se prevé que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), a continuación se manda a esos mismo poderes públicos promover «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2). El pueblo sometido del artículo 9.1 debe coincidir lo máximo posible con el pueblo que participa del artículo 9.2.

Puesto que los sujetos de forma continuada al ordenamiento jurídico no son solo los nacionales, la comunidad política no puede seguir organizándose, a diferencia de como ocurre todavía en la mayoría de los Estados democráticos modernos, a partir de la reconducción del *demos* ciudadano al *ethnos* nacional, a esa «patria común e indivisible de todos los españoles» (art. 2 CE) entendida, natural e históricamente como un destino, sino desde la concepción del «patriotismo constitucional», que, como es conocido, consiste en la creación de un sentimiento de pertenencia a una comunidad asentado sobre la adhesión a los valores democráticos y el respeto a los derechos reconocidos por la Constitución.

Y es que la nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación<sup>56</sup>. Este patriotismo *habermasiano* parte de la consideración de que el Estado nacional había fundado una estrecha conexión entre *ethnos* y *demos*, pero sostiene que conceptualmente la ciudadanía fue desde siempre independiente de la identidad nacional<sup>57</sup>.

Por otra parte, llama la atención que cuando se opta en la Norma Fundamental por el mantenimiento del vínculo entre *ethnos* y *demos*, en numerosas ocasiones el Legislador articula esa relación sobre una construcción falaz del *ethnos*. Es, por ejemplo, lo que sucede en el ordenamiento español cuando al establecer las condiciones de acceso a la nacionalidad, imprescindible para el ejercicio pleno de la ciudadanía, el artículo 22 del Código Civil prevé que serán suficientes «dos años [de residencia legal, continuada

---

<sup>56</sup> *Facticidad y validez...*, pág. 622.

<sup>57</sup> *Ibidem...*, págs. 622 y 623.

e inmediatamente anterior a la petición] cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes», o de un año para «el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles». Como es sabido, además el interesado deberá justificar, «en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española»<sup>58</sup>.

Lo llamativo, en primer lugar, es que tengan la misma consideración los «nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes». Es difícil de justificar esta equiparación entre personas que entre sí pueden tener importantes diferencias y, desde luego, no parece que en la actualidad se pueda presumir que una persona originaria de Filipinas o Guinea Ecuatorial está más próxima al *ethnos* español, si es que tal cosa existe, que otra originaria de Marruecos o de Francia. Es la evidencia de que todavía late ahí una visión «colonial» del *ethnos* si bien matizada por razones políticas, pues en otro caso no se entiende el trato preferente a los sefardíes<sup>59</sup> y la no inclusión de los saharauis, a pesar de que estos últimos fueron hasta hace bien poco tiempo españoles<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Véanse al respecto José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: *Derecho de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992; María Paz GARCÍA RUBIO: «Consolidación de la nacionalidad española», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1992, págs. 929 a 1009, y los numerosos trabajos de Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ; en particular: *La nacionalidad española: análisis de la normativa vigente*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, y *Nacionalidad española: normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Aranzadi, 2008.

<sup>59</sup> Conforme a una Instrucción de la Dirección de los Registros y el Notariado de 16 mayo 1983 «...los sefardíes, cualquiera que sea su religión o aunque no tengan ninguna... pueden beneficiarse del plazo abreviado... Tal condición habrá de demostrarse por los apellidos que ostente el interesado, por el idioma familiar o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad cultural».

<sup>60</sup> De acuerdo con el fundamento quinto de la Sentencia 1026 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1998, «de lo que no cabe duda, con referencia a la «nacionalidad» de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de «españoles indígenas», habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que «los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia»; véase al respecto María Paz García Rubio: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998. reconocimiento de la nacionalidad española a saharauí nacido en El Aaiún», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, págs. 425 a 432.

En todo caso, nos parece que si se tiene en cuenta la conexión con el *ethnos* para favorecer la adquisición de la nacionalidad, también tendría que considerarse para favorecer la participación política a los residentes con ese pasado común o con similitudes culturales; es lo que sucede en Gran Bretaña con los nacionales de países de la Commonwealth y los irlandeses; en Irlanda y Australia con los británicos y en Portugal con los brasileños con «estatuto político especial».

En segundo lugar, y puesto que la adquisición de la nacionalidad lleva aparejada la plenitud de derechos de ciudadanía, el otorgamiento de la misma «por carta de naturaleza», lo que se hace, según el artículo 21 del Código Civil, «discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales», exigiría una mayor concreción legal de las razones que la avalan y, desde luego, una revisión de su aplicación práctica, que, como se ha dicho en fechas recientes<sup>61</sup>, está desembocando en la intrascendencia de los factores de arraigo territorial y cultural del sujeto con España; en la gravitación de la institución sobre el exclusivo interés del solicitante con olvido del interés nacional; en su concepción como exclusivo instrumento de «premio» abstracto a no se sabe muy bien qué méritos y en la innecesariedad de que el sujeto resida en España en el momento del otorgamiento<sup>62</sup>.

Y siendo esto así, es necesario, como ya se ha dicho, «democratizar» el acceso a la nacionalidad cuando se trata de una condición para el disfrute de la ciudadanía<sup>63</sup>. Pero, compartiendo la idea de que se favorezca, reduciendo plazos y requisitos, la adquisición de la nacionalidad a los extranjeros que lo

---

<sup>61</sup> Teresa HUALDE MANSO: «Concesión de nacionalidad por carta de naturaleza. Una institución y una práctica discutibles», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 9/2012.

<sup>62</sup> Los ejemplos próximos de la concesión a Ricky Martin y Benicio del Toro, por Reales Decretos de 4 de noviembre de 2011, son tan ilustrativos como los de la panoplia de deportistas de élite que nutren algunas de nuestras selecciones o participan en competiciones españolas sin ocupar así la plaza de «extranjero».

Por mencionar lo que, por contraste, sucede en Alemania, con la reforma del derecho de nacionalidad, que entró en vigor el 1 de enero de 2000, se requiere, entre otras cosas, que el solicitante domine fluidamente el idioma alemán, disponga de lazos muy intensos y fuertes con la cultura alemana y con Alemania, conozca los fundamentos básicos del ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, goce de una situación económica sólida, y exista un interés público en su naturalización.

<sup>63</sup> Sobre esta necesidad véase, por todos, Benito ALÁEZ CORRAL: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*,..., págs. 160 y sigs.

deseen, entendemos que esa no debe ser la única vía para que los residentes puedan ejercer con plenitud el derecho de sufragio.

Nos parece que si definimos el pueblo del Estado no con arreglo al criterio de la nacionalidad sino con el de la residencia, esta configuración contribuiría a dotar de mayor legitimidad democrática al ordenamiento<sup>64</sup>. En primer lugar, porque de esta manera se podría articular la ciudadanía de las personas a partir de su decisión voluntaria de instalarse en un concreto territorio, siempre que se cumplan las exigencias impuestas por el Estado para la entrada en su espacio geográfico. La persona puede intervenir así en la adquisición o pérdida de la ciudadanía, y su pertenencia a un determinado Estado está ligada al principio de voluntariedad<sup>65</sup>.

La ya mencionada libertad de residencia y circulación sobre la que se articula el derecho de la Unión Europea haría posible, si los Estados miembros vinculasen la ciudadanía política a la residencia, una mayor integración de los nacionales de otros países en el Estado de residencia y, quizá, podría servir para promover desde ahí una suerte de «patriotismo constitucional europeo»<sup>66</sup>, de sentimiento de pertenencia a una comunidad que se pretende construir sobre unos principios democráticos y de la proclamación de una

---

<sup>64</sup> A favor de una ciudadanía basada en la residencia se muestran, por ejemplo, Marco CUNIBERTI: *La cittadinanza,...*, págs. 520 y sigs.; y G. ZINCONI: *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie delle società civile*, Il Mulino, Bolonia, 1992, págs. 233 y sigs.

<sup>65</sup> Sobre la posibilidad de elegir la nación como base para una reconstrucción de las relaciones entre ciudadanía y soberanía, véase Enrico GROSSO: *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli Editore, Turín, 2001; en especial, las págs. 40 y sigs.; sobre la conexión del principio de voluntariedad con la pertenencia al Estado, HABERMAS: *Facticidad y validez,...*, pág. 625.

<sup>66</sup> Conviene recordar la existencia de dos Directivas: la 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, modificada por la Directiva 96/30/CE de 13 de mayo de 1996, y la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Es interesante señalar que, según las propias Directivas, se insertan en la pretensión de crear «una ciudadanía de la Unión», que trascienda las barreras de las nacionalidades de los Estados miembros. Como dicen en sus Preámbulos las Directivas citadas, «la ciudadanía de la Unión tiene por objeto integrar mejor a los ciudadanos de ésta en su país de acogida» y con ella se «pretende, fundamentalmente, suprimir la condición de nacionalidad que se exige actualmente en la mayor parte de los Estados miembros para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo».



Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que declara en su Preámbulo que la Unión «está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación»<sup>67</sup>.

También aquí, pero a escala europea y no alemana, tendría sentido la construcción de Habermas dirigida a crear una identidad política postnacional que se disocie del trasfondo de un pasado explicado en términos de Historia nacional y que se centre en el «contenido universalista de una forma de patriotismo cristalizada en torno a los principios del Estado constitucional democrático»<sup>68</sup>.

En segundo lugar, la configuración del pueblo del Estado de conformidad con el criterio de la residencia favorece la expresión de la igualdad jurídica y del pluralismo participativo que son consustanciales a un sistema democrático. La relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos tendría el mismo contenido siempre que existiera el dato objetivo de la residencia. Residencia sin más

<sup>67</sup> El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de la Gran Sala de 12 de septiembre de 2006 (asunto C-145/04, *España c. Reino Unido*) ha dicho: «... En cuanto a los artículos del Tratado relativos a la ciudadanía de la Unión, de ellos no puede deducirse el principio de que los ciudadanos de la Unión son los únicos beneficiarios de las demás disposiciones del Tratado, lo que implicaría que los artículos 189 CE y 190 CE sólo se aplicarían a dichos ciudadanos... Por otra parte, aunque la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a quienes se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico, dicha afirmación no tiene como consecuencia necesaria que los derechos reconocidos en el Tratado estén reservados a los ciudadanos de la Unión... Del conjunto de estas consideraciones resulta que, en el estado actual del Derecho comunitario, la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del Derecho comunitario, y que los artículos 189 CE, 190 CE, 17 CE y 19 CE no se oponen a que los Estados miembros reconozcan ese derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tengan un estrecho vínculo con ellos y que no sean sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión residentes en su territorio...»

<sup>68</sup> *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 94. Sobre la impostura que ha supuesto la importación de la idea de patriotismo constitucional para justificar el patriotismo «español», véase Xacobe BASTIDA FREJEDO: «Otra vuelta de tuerca. El patriotismo constitucional español y sus miserias», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25, <http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148676RD38761026.pdf>



en el caso de los nacionales y durante un tiempo mínimo en el de los no nacionales. De esta manera, todas esas personas gozarían de una posición jurídica unitaria y sus derechos democráticos no dependerían de la cualificación concreta que se otorgue a su personalidad<sup>69</sup>.

Y ello porque cuando el Estado admite que un individuo tenga la condición de residente en su territorio, nos encontramos ante un hecho con relevancia jurídica al que las normas dotan de un contenido formado por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que han de desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. De esta manera, la ciudadanía tendría que ser entendida como una relación jurídica que implica la existencia de unos derechos y obligaciones de carácter abstracto y no, como ha venido siendo hasta la actualidad, como un concreto *status* de la persona; es decir, como una particular esfera de capacidad jurídica en la que el individuo se ve inmerso cuando entra en contacto con el Estado, lo que impide que las diferentes personas tengan una posición unitaria puesto que su capacidad jurídica se fragmenta en una multiplicidad de *status* diferentes; en este caso en el de nacional o extranjero y, dentro de este último, en el de extranjero comunitario o extracomunitario.

Debe recordarse que el ordenamiento, entendido desde una perspectiva normativa<sup>70</sup>, no considera a los individuos en cuanto tales como el contenido de las normas jurídicas, sino que atribuye esa condición a los hechos conectados a una conducta humana. Lo que aquí se propone es que esa conducta sea la residencia continuada en un determinado territorio. Desaparecería así la diferencia jurídica, incompatible con la democracia, entre «ciudadanos activos» y «ciudadanos pasivos», entre personas que deciden y personas que únicamente soportan la decisión. Y, en rigor, en democracia no cabría hablar de «ciudadanos pasivos», pues la ciudadanía presupone la posibilidad jurídica de decidir, de participar, con independencia de que, de hecho, se intervenga o no.

---

<sup>69</sup> Como dice el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada —Chief Electoral Officer—*), en su sentencia de de 31 de octubre de 2002, «los derechos garantizados por la Carta no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad canadiense que no puede ser obviada a la ligera, lo que es particularmente cierto en el derecho de voto, piedra angular de la democracia...»; puede leerse en <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html> en francés y <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html> en inglés.

<sup>70</sup> Véase al respecto, Hans Kelsen: *Allgemeine Staatslehre...*, págs. 81 y sigs., y 137 y sigs.

De esta manera, no importaría tanto el derecho que en abstracto habilita a residir (la nacionalidad, la condición de ciudadano comunitario, el permiso de residencia permanente en el caso de las personas extracomunitarias) sino el ejercicio efectivo y concreto de ese derecho de residencia. Por esta razón las «derechos de gobierno» deberían ampliarse cuanto mayor fuera la pertenencia/permanencia (caso de los nacionales que residen en el propio territorio y de los extranjeros que por una u otra vía también residen ahí de manera indefinida) y se reducirían cuanto menor sea dicha pertenencia/permanencia (caso de los nacionales que pasan a residir de manera prolongada en otro país y de los extranjeros una vez que dejan de ser residentes)<sup>71</sup>.

Y aunque la extranjería implica una presunción de no pertenencia al pueblo gobernado que debe actuar como pueblo gobernante, dicha presunción quedará desvirtuada por la residencia continuada en un determinado territorio. Por la misma razón, la nacionalidad implica una presunción de pertenencia a ese pueblo soberano, pero quedará desvirtuada con la ausencia prolongada del territorio nacional. Constatada la pertenencia de los no nacionales al ordenamiento, éste debe, a su vez, pertenecerles; desvirtuada la pertenencia de los nacionales al ordenamiento, éste debe dejar de pertenecerles mientras no cambie esa situación.

En cuanto a la primera cuestión, y aunque son excepciones en el derecho comparado, la Constitución chilena proclama (artículo 14) que «los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer

---

<sup>71</sup> Se puede recordar que ya en 1904 el Tribunal Supremo de Estados Unidos concluyó que los Estados podían conceder el derecho de sufragio a los que eran sólo «ciudadanos del Estado», aunque no fueran ciudadanos de Estados Unidos —*Pope v. Williams* 193 U.S. 621, 632 (1904) —<http://laws.findlaw.com/us/193/621.html>—; si bien ya no es así, numerosos Estados otorgaron el sufragio a residentes que no eran ciudadanos de Estados Unidos; como dijo expresamente ese Tribunal en *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. 1, 7 (1943): «The right to become a candidate for state office, like the right to vote for the election of state officers, ... is a right or privilege of state citizenship, not of national citizenship ...»; véase en <http://laws.findlaw.com/us/321/1.html>.

Sobre este proceso, véanse los estudios pormenorizados de Alessandro KEYSSAR: *The contested history of democracy in the United States*, Basic Books, Nueva York, 2000, y Ron HAYDUK: *Democracy for All. Restoring Immigrants Voting Rights in the United States*, Routledge, Nueva York, 2006; una versión reducida de este último trabajo, con el mismo título, puede leerse en *New Political Science*, volumen 26, n.º 4, diciembre 2004, disponible en <http://www.immigrantvoting.org/articles/Haydukessay.pdf>

el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley»; en el mismo sentido, la Constitución uruguaya dispone (artículo 78) que «tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República». En Ecuador, «las personas extranjeras residentes tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años» (artículo 63.2). Nueva Zelanda permite a los residentes permanentes, después de un año, que puedan votar en las elecciones locales y nacionales.

Nos parece que el plazo de cinco años de residencia legal fijado en las Constituciones de Chile y Ecuador es un término razonable para que cualquier no nacional pueda participar con plenitud de derechos democráticos en la vida política del Estado en el que reside. Ese es también el plazo que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fija para la obtención de la llamada «residencia de larga duración»<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> 1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. No obstante, en el supuesto de que los extranjeros residentes de larga duración en otro estado miembro de la Unión Europea deseen conservar el estatuto de residente de larga duración adquirido en el primer estado miembro, podrán solicitar y obtener una autorización de residencia temporal en España.

4. Con carácter reglamentario se establecerán criterios para la concesión de otras autorizaciones de residencia de larga duración en supuestos individuales de especial vinculación con España.

5. La extinción de la residencia de larga duración se producirá en los casos siguientes:  
a. Cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta. b. Cuando se dicte una orden de expulsión en los casos previstos en la Ley. c. Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos. Reglamentariamente se establecerán las excepciones a la pérdida de la autorización por este motivo, así como el

Por tanto, abogamos por la modificación de la Constitución española para que se incorpore un precepto similar al recién mencionado artículo 63.2 de la Constitución ecuatoriana.

En cuanto a los nacionales que ya no están sometidos principalmente, aunque puedan estarlo de manera circunstancial, al ordenamiento de su nacionalidad, debe limitarse su posibilidad de decidir democráticamente sobre el contenido de dicho ordenamiento y tanto más cuanto mayor sea su alejamiento temporal.

Estas personas suponen, en algunos casos, un número relativamente alto de potenciales sufragios, siendo paradigmático el caso mexicano, pues se estima que es uno de los países con mayor número de nacionales emigrantes fuera de su territorio, que, además, se concentran en un porcentaje altísimo en un único país, Estados Unidos, lo que podría ser fuente adicional de problemas<sup>73</sup>.

En algunos textos constitucionales (artículos 171 y 176 de la Constitución colombiana<sup>74</sup>, 68.5.2 de la Constitución española<sup>75</sup>, 63.1 de la eua-

procedimiento y requisitos para recuperar la autorización de residencia de larga duración. d. Cuando se adquiriera la residencia de larga duración en otro Estado miembro.

6. Las personas extranjeras que hayan perdido la condición de residentes de larga duración podrán recuperar dicho estatuto mediante un procedimiento simplificado que se desarrollará reglamentariamente. Dicho procedimiento se aplicará sobre todo en el caso de personas que hayan residido en otro Estado miembro para la realización de estudios.

<sup>73</sup> Véase, sobre esta cuestión, el estudio, centrado en el derecho mexicano, pero con amplias referencias comparadas, de Jorge CARPIZO y Diego VALADÉS: *El voto de los mexicanos en el extranjero*, UNAM, México, 1998; del profesor Diego VALADÉS véase también «Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005, págs. 365-403; puede consultarse en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex112/BMDI1210.pdf>.

<sup>74</sup> artículo 171: «Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República»; artículo 176: «La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior».

Según el artículo 116 del Código Electoral, «Los ciudadanos también podrán sufragar en el exterior para Presidente de la República, en las Embajadas, Consulados y demás locales que para el efecto habilite el Gobierno, previa inscripción de la cédula de ciudadanía o pasaporte vigente, hecha ante la respectiva Embajada o Consulado, a más tardar quince (15) días antes de las elecciones... Una vez cerrada la votación, hechos los escrutinios de cada mesa y firmada las actas, los jurados harán entrega de éstas y demás documentos que sirvieron para las votaciones al funcionario correspondiente que inmediatamente los enviará, en sobre debidamente cerrado y sellado, al Consejo Nacional Electoral, para que sean tenidos en cuenta en el escrutinio general».

<sup>75</sup> «La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España» (artículo 68.5.2); resulta lla-

toriana<sup>76</sup>, 187 de la peruana<sup>77</sup>, 14 de la portuguesa<sup>78</sup>, 48 de la italiana<sup>79</sup>) esta situación ha sido reconocida de manera expresa, aunque con arreglo a modalidades distintas, por el Constituyente, que ha considerado necesario asegurar la participación política de los nacionales que residen en el extranjero, por lo que su exclusión del pueblo gobernante o de alguna de sus concreciones no está a disposición del Legislador, cuyo protagonismo se reduce a la articulación de los mecanismos necesarios para hacer viable y efectiva esa participación<sup>80</sup>.

---

mativo que este mandato al Legislador se realice únicamente en el precepto que contiene los elementos esenciales del sufragio activo para el Congreso de los Diputados, pero no se reitera ni en el artículo siguiente, el de la elección de los senadores, ni tampoco para la elección de los concejales (artículo 140) ni de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas mencionadas en el artículo 152. No obstante, el Legislador electoral ha extendido la participación de los españoles residentes en el extranjero a todo tipo de procesos electorales.

<sup>76</sup> «Las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior tienen derecho a elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción del exterior; y podrán ser elegidos para cualquier cargo».

<sup>77</sup> El artículo 187 dispone que la ley contendrá normas especiales para facilitar el voto de los peruanos que residan en el extranjero; según el artículo 224 de la Ley Orgánica Electoral, «para el caso de Elecciones Generales y consultas populares tienen derecho a votación los ciudadanos peruanos residentes en el extranjero»; el artículo 226 prevé que «la votación se efectúa en el local de la Oficina Consular del Perú en el correspondiente país o donde señale el funcionario consular en caso de insuficiencia del local».

<sup>78</sup> «Los ciudadanos portugueses que se hallen o residan en el extranjero gozarán de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y estarán sujetos a los deberes que no sean incompatibles con la ausencia del país».

<sup>79</sup> Con la Ley Constitucional n.º 1/2000, de 17 de enero, se ha introducido una reforma en los artículos 48, 56 y 57 de la Constitución al efecto de instituir una circunscripción «exterior» para el ejercicio del derecho de voto de los italianos residentes en el extranjero; el artículo 48 dispone ahora que «La ley establecerá los requisitos y modalidad de ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos residentes en el extranjero, asegurando su efectividad. Con este fin se crea una circunscripción extranjera para la elección de las Cámaras, a la que serán asignados escaños en el número fijado por la norma constitucional y según los criterios determinadas por las leyes». De acuerdo con el nuevo artículo 56, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57 de la Constitución, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero. El desarrollo normativo de estas disposiciones está en la Ley n.º 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior.

<sup>80</sup> El compromiso normativo de los Estados puede tener también un origen internacional, por formar parte de la «Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», adoptada por la Asamblea Gene-

El fundamento de este reconocimiento del sufragio a los compatriotas que vivan fuera del territorio estatal se ha encontrado en su condición de nacionales, que les acompaña con independencia del ámbito territorial en el que residan, si bien se han citado otros argumentos, bien en relación con determinadas categorías de nacionales (los militares, marinos, diplomáticos,...) o respecto a todos los que vivan en el extranjero (como forma de estrechar los lazos con su país, por razones de universalidad del sufragio y de principio democrático, como forma de compensar sus aportaciones a la economía nacional,...)<sup>81</sup>.

En algunos casos el ejercicio del sufragio de los ausentes se limita a la participación de la elección de un órgano de representación nacional, como la Presidencia y, en su caso, la Vicepresidencia de la República o figuras afines (es lo previsto en la actualidad en Brasil, Ecuador, Honduras y México). En estos supuestos no se requiere una determinada conexión con una concreta parte del territorio nacional como, por ejemplo, la última residencia.

En otros ordenamientos, como el portugués<sup>82</sup> y el italiano<sup>83</sup>, se ha creado una circunscripción especial constituida precisamente por los nacionales de

---

ral de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y que entró en vigor el 1 de julio de 2003. En su artículo 14 dispone que «los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación. 2. Los Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos».

Como se constata tanto del título de la Convención como del enunciado del artículo 41, si bien se dirige a la protección de un concreto colectivo de nacionales residentes en el exterior —los trabajadores—, tiene un ámbito de aplicación mucho mayor, pues se extiende también a sus familiares. «A los efectos de la presente Convención, el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate» (artículo 4).

<sup>81</sup> Sobre los problemas concretos que plantea el ejercicio del sufragio por parte de estas personas (voto por correo, en las Embajadas y Consulados, el voto electrónico, las garantías frente a posibles fraudes,...) no se extendemos en *El derecho de voto: un derecho político fundamental*,...

<sup>82</sup> Conforme a lo dispuesto en la Ley Electoral (artículo 12.4), en Portugal existen dos circunscripciones de esta naturaleza: la de los que residen en países europeos y la que comprende a los residentes en cualquier otro país. A cada una de ellas le corresponde la elección de dos diputados de la Asamblea de la República.

<sup>83</sup> Como ya se ha apuntado, de acuerdo con el artículo 56 de la Constitución, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero.

esos países que residen en el extranjero, a los que se les asigna la elección de un determinado número de representantes. Se trata, en suma, de una circunscripción que se delimita por la circunstancia personal de estar residiendo en el extranjero, que también está prevista en la Constitución colombiana para las elecciones a la Cámara de Representantes.

Existen, en tercer lugar, otros sistemas constitucionales, como el argentino, el español, el colombiano para las elecciones al Senado, el peruano, el canadiense, el peruano el estadounidense o el venezolano, en los que los residentes en el extranjero participan en los mismos comicios que sus compatriotas residentes en el territorio nacional. En algunos de estos casos, para el ejercicio del sufragio no basta con la condición de nacional, sino que es necesaria además una concreta vinculación con un espacio geográfico del territorio de su país, lugar donde a los efectos político-electorales a esa persona se le sigue considerando residente y, por lo tanto, con capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones políticas que afecten a esa concreta comunidad. Se pretende así una mayor vinculación a los designios políticos de esa parte del territorio a la que se presume que el ciudadano ausente sigue vinculado y con la que, en cierta medida, se identifica.

Precisamente, esta exigencia demuestra que el problema del reconocimiento o atribución del derecho de participación política no encuentra solución acudiendo a meros criterios de nacionalidad, sino teniendo en cuenta la que se podría denominar «vecindad política». Por tanto, la «residencia-ausencia» se presume como una situación de cambio geográfico, con las obvias consecuencias económicas, sociales, personales, ..., pero que no lleva aparejada una desvinculación política completa de la comunidad de la que se es originario.

Lo llamativo es que en estos supuestos, el «domicilio» y los correspondientes derechos políticos acompañan a los nacionales que se trasladen al extranjero y se extienden, incluso, a sus descendientes, de manera que estos últimos, aunque nunca hayan residido en el territorio nacional podrán participar en las mismas condiciones que sus ascendientes, y su decisión política electoral tendrá el mismo valor que la de las personas que siguen residiendo en ese territorio y sobre las que en su momento se proyectarán las decisiones políticas y las normas jurídicas que aprueben los elegidos por todos ellos.

Si, como se ha venido reiterando, la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no nos parece que se pueda considerar destinatario a una persona que, si bien conserva



el vínculo de la nacionalidad con un determinado ordenamiento, puede ocurrir que haya dejado de residir en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas muchos años atrás, como sucede cuando se trata de nacidos en el país del que son nacionales pero llevan muchos años residiendo en el extranjero, o, incluso, que ni siquiera hayan estado allí, cuando se trata de nacidos fuera del territorio nacional<sup>84</sup>.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que exigir la residencia en el territorio nacional «no es en sí irrazonable o arbitrario» y en el asunto *Melnitchenko c. Ucrania*, de 19 de octubre de

---

<sup>84</sup> Debe citarse al respecto la Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica, que reconoce la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la dictadura y, en consecuencia, en su disposición adicional séptima permite la adquisición por opción de la nacionalidad española de origen a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. En realidad, ya se permitía optar por la nacionalidad española a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originalmente español y nacido en España pero la Ley de la memoria Histórica amplía la posibilidad de adquirir la nacionalidad española de origen a los hijos de padre o madre español de origen, aunque no hubiera nacido en España. Además, incluye a las personas cuyo padre o madre nació después de que el abuelo o abuela exiliados perdiera la nacionalidad española. Por tanto, su ascendiente español más cercano es algún abuelo y no es necesario que el abuelo o abuela español lo hubiese sido de origen. Finalmente, aquellas personas que ya optaron a la nacionalidad española derivativa porque su padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España, según el artículo 20.1 b) del Código Civil, podrían optar además a la nacionalidad española de origen.

De acuerdo con la Disposición Final Sexta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el derecho de opción previsto en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, podrán también ejercerlo los nietos de las exiliadas españolas que conservaron la nacionalidad española tras haber contraído matrimonio con un extranjero con posterioridad al 5 de agosto de 1954, fecha de entrada en vigor de la Ley de 15 julio de 1954, siempre que no transmitiesen la nacionalidad española a sus hijos, por seguir éstos la del padre, y formalicen su declaración en tal sentido en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente disposición.

El Ministerio de Asuntos Exteriores calcula que cerca de 300.000 hijos y nietos de exiliados durante la Guerra Civil y la dictadura recibirán la nacionalidad (o ya la han recibido) gracias a la Ley de Memoria Histórica. El 27 diciembre de 2011 terminó el plazo de tres años para la presentación de las solicitudes. El último balance provisional es de 31 de agosto de 2011: 378.862 solicitudes y 213.787 nacionalizaciones. El 95% de las peticiones se presentaron en países de América Latina, especialmente de Cuba, Argentina, México y Venezuela. [http://www.cext.es/index/accion/detalleNoticia/id/5732/titulo/Ya\\_son\\_m%C3%A1s\\_de\\_300.000\\_los\\_](http://www.cext.es/index/accion/detalleNoticia/id/5732/titulo/Ya_son_m%C3%A1s_de_300.000_los_)



2004<sup>85</sup>, ha considerado «que la obligación de residir en el territorio nacional para poder votar se justifica en las razones siguientes: 1. Un ciudadano no residente está afectado de manera menos directa o continuada por los problemas cotidianos de su país y él los conoce peor; 2. Puede resultar difícil (o casi imposible) o inoportuno para los candidatos al Parlamento exponer las diferentes opciones electorales a los ciudadanos residentes en el extranjero, de manera que se respete la libertad de expresión; 3. La influencia de los ciudadanos residentes en el territorio nacional en la selección de los candidatos y en la formulación de sus programas electorales, y 4. La correlación existente entre el derecho de voto para elecciones legislativas y el hecho de estar directamente afectado por los actos de los órganos políticos así elegidos».

Si, como declaró en su día el Tribunal Constitucional Federal alemán con ocasión de su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, la confrontación de las fuerzas sociales, de sus ideas e intereses, sólo se puede articular si los procedimientos de decisión en ejercicio del poder público y, por consiguiente, los fines políticos le son previsibles y comprensibles al ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse en su propia lengua con el poder público al que se haya subordinado<sup>86</sup>, a nuestro juicio, los fines políticos difícilmente le resultarán previsibles a las personas que por estar de manera permanente ausentes ni pueden participar en la propia definición de dichos fines ni siquiera pueden asistir a su expresión cotidiana.

En todo caso, resultaría «más» democrático exigir una mayor vinculación con el ordenamiento del que se es nacional que la mera inscripción en un Consulado o en un Registro de Electores Residentes en el Exterior; por ejemplo, requiriendo que no hayan transcurrido determinado número de años desde la marcha del territorio nacional o que se produzca un retorno periódico. La exigencia de que no haya transcurrido un determinado nú-

---

<sup>85</sup> <http://cmiskp.echr.coe.int/> En un sentido similar, aunque en este caso se trata de residencia en el interior y no en el exterior, la exigencia de residir en el Estado para ejercer el sufragio es razonable según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; así lo declaró en el caso *Dunn v. Blumstein* (<http://laws.findlaw.com/us/405/330.html>); lo que no se consideró razonable era exigir un plazo de residencia de un año para poder votar, pues el bien jurídico con ello protegido —evitar el fraude— podía conseguirse con un plazo mucho más pequeño (30 días serían suficientes).

<sup>86</sup> *BVerfGE* 89, 155 [185]; también *BVerfGE* 5, 85 [135, 198, 205] y *BVerfGE* 69, 315 [344 y sigs.]; <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

mero de años desde la salida del territorio nacional podría concretarse en el período que se impone a los extranjeros avecindados para que puedan votar (5 años en el ámbito del Consejo de Europa según la «Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local», idéntico plazo al previsto en el artículo 14 de la Constitución chilena y 63 de la ecuatoriana). Otro criterio podría ser el del mandato del órgano en cuya elección pueden participar (6 años en el caso de México, 4 años en las elecciones parlamentarias en España,...).

La imposición de que el requisito de la ausencia del territorio nacional no exceda de un plazo prudente dejaría plenamente garantizada la posibilidad de que participen los nacionales que están fuera de su país de manera breve (por razones de estudio, de un trabajo temporal,...) o cuya salida del país se debe precisamente al cumplimiento de misiones ordenadas por órganos del Estado del que son nacionales (militares, diplomáticos, miembros de organismos internacionales, personal en misiones en el extranjero,...), y en cuya elección han de poder intervenir pues son destinatarios directos de sus decisiones.

Si se trata de la elección de un órgano colegiado —Parlamento nacional o alguna de sus Cámaras— la creación de una circunscripción exterior, al estilo de lo que se ha previsto en Portugal o Italia, ofrece la ventaja de que los votantes seleccionan a «sus» parlamentarios, lo que puede permitir una mayor proximidad entre unos y otros, si bien, en el ejercicio de sus funciones, los «parlamentarios del exterior» participan en la mismas decisiones que los del «interior», con lo que también aquí se les está dando a los ausentes voz y voto en la adopción de acuerdos y normas que, en muchos casos, no les serán de aplicación.

Y es que si no se adopta alguna cautela temporal o circunstancial, se estará permitiendo que personas que, por una prolongada estancia en el extranjero, no están en contacto con la realidad política y social de su país, puedan determinar la orientación de unas normas que a ellos les serán de aplicación, en el mejor de los casos, de manera harto esporádica.

En suma, puesto que el sometimiento de forma continuada a un concreto ordenamiento jurídico no depende de la nacionalidad sino de la residencia, la comunidad política no puede seguir organizándose, a diferencia de como ocurre todavía en la mayoría de los Estados democráticos modernos, a partir de la reconducción del *demos* ciudadano al *ethnos* nacional, a esa «patria común e indivisible de todos los nacionales» entendida, natural e

históricamente como un destino, sino desde la concepción de un patriotismo constitucional en el que se reconoce a los ciudadanos sujetos de manera permanente a ese ordenamiento la capacidad de ejercer activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación.

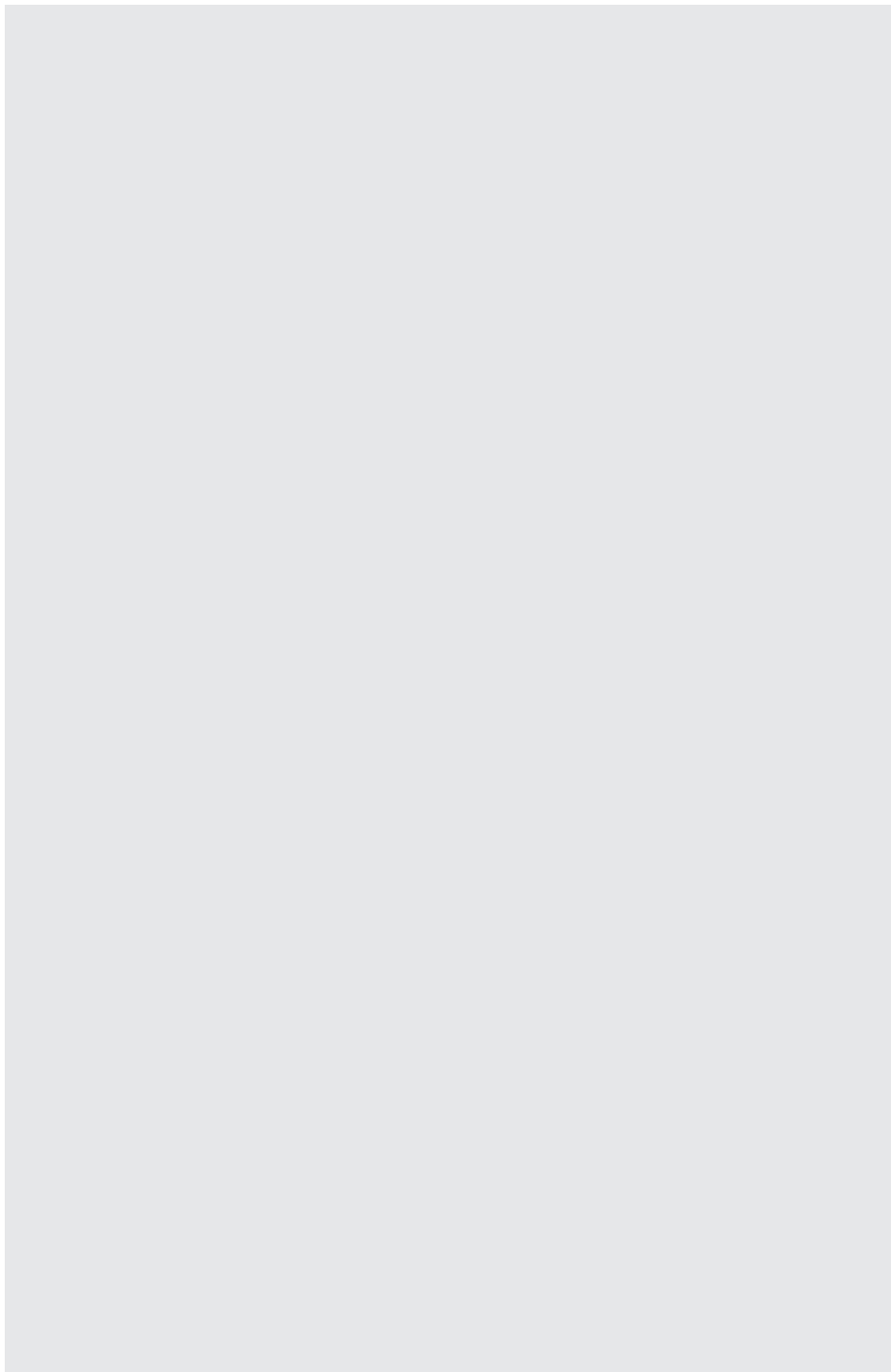


# LA CIUDADANÍA BORROSA. CIUDADANÍAS MULTINIVEL

Ignacio Villaverde Menéndez

## SUMARIO

- I. Algunas cuestiones previas
- II. Nación, Estado. Nacionales y ciudadanos
  - A. El planteamiento de la cuestión
  - B. El «pueblo» del Estado
- III. El cambio de paradigma constitucional. De la ciudadanía nacional a la ciudadanía democrática
- IV. El papel del padrón en la tensión nacionalidad-ciudadanía
- V. Las ciudadanías autonómicas.
- VI. Bibliografía



#### I. ALGUNA CUESTIÓN PREVIA

El Derecho es un mundo de *borrosidades*. No está de más recordarlo (Bastida, 1998), porque la racionalidad jurídica suele llevarnos a tratar de categorizar de tal manera las instituciones jurídicas que terminamos por pretender una especie de código binario donde cada cosa es una y solo una. Sin embargo, los conceptos jurídicos son, por lo general, graduables, cuestión de «grado». Así sucede, a mi entender, con el concepto *ciudadanía* y su parejo, *nacionalidad*. Uno y otro no dejan de ser un conjunto de reglas jurídicas que regulan el estatus de cada persona y en consecuencia su posición y el régimen jurídico que a él va aparejado en el seno de un ordenamiento jurídico estatal o supraestatal. El cambio de perspectiva que aquí se asume y trata de exponerse al lector es justo el que nos dice que la ciudadanía, como la nacionalidad, en los Estados democráticos (y ya sabemos que la democracia y la soberanía son categorías jurídicas también borrosas —Bastida, 1998—) no son dos absolutos que puedan atribuirse a las personas sometiéndolas a un régimen jurídico monolítico, único, en el que no es posible estar en grado diverso. Lo que aquí pretendo analizar es que se puede ser ciudadano de un Estado con niveles de intensidad diversos, y sujeto a regímenes jurídicos diferenciados sin dejar de ser por ello «ciudadano».

Una Nación, un Pueblo. Esta aseveración ha pesado en la doctrina constitucional de tal manera que el estudio de la «nacionalidad» se ha abandonado a otros campos del Derecho, como si el examen de la composición del «pueblo» sea materia ajena al Derecho Constitucional, porque nuestro objeto es el «Pueblo», con mayúsculas y en abstracto, y no quienes lo componen, los «ciudadanos», que son los «nacionales»; aunque resulte que uno de sus ejes sea la noción, incuestionablemente constitucional de «ciudadanía».

Probablemente la razón de ese desdén puede atribuirse al hecho de que la definición de la ciudadanía haya sido una cuestión ligada a la identificación de los titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo en el seno del Estado democrático. La ciudadanía disuelta en el derecho electoral. Acaso por ello también nos hemos dejado llevar por la inercia «liberal» de identificar el «pueblo» con los nacionales, antes que con los ciudadanos, al punto de disolver también esta capital categoría jurídica para el Estado democrático en la de nacional: son ciudadanos sólo los nacionales. Todo este sintagma dogmático se ha agitado con la irrupción de los movimientos demográficos como objeto de interés para el Derecho constitucional. Inmigración y protección de minorías, grupos étnicos o raciales y la integración política europea ha obligado a los constitucionalistas a volver la mirada a la definición de nacional.

En este trabajo se propone acercarse a esta cuestión no desde la perspectiva de la Nación, sino la del Estado, no desde la definición del Pueblo ejerciente de soberanía mediante la identificación del Pueblo, que es su titular, con los nacionales, sino con la identificación de la ciudadanía con un sistema graduable de derechos y deberes que convierten a la persona en sujeto activo y pasivo del ordenamiento jurídico.

## II. NACION, ESTADO, NACIONALES Y CIUDADANOS

### A. *El planteamiento de la cuestión*

Dicho sumariamente, el espejismo de la Soberanía nacional nos ha hecho creer que el ciudadano en el Estado democrático y de Derecho solo puede ser el nacional; esto es, el trasunto vivo y físico de la Nación soberana. Solo el nacional es ciudadano porque solo él, al dar cuerpo físico a la Nación, puede ejercer la Soberanía de la que ésta es su titular. Por eso, no solo el ciudadano se confunde con el nacional de un Estado; además, por eso también el censo electoral es la lista de nacionales y no, en realidad, de los ciudadanos a secas. La Nación cobra vida en el censo porque lista a los ciudadanos que pueden ejercer la soberanía; que solo pueden ejercerla, por cierto, los que pertenecen a la Nación, los nacionales del Estado. Así resulta del entreverado Nacional en la carne del principio democrático.

Qué otro sentido tienen, si no, las palabras del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en su Declaración 1/1992 relativa a la adecuación a la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) del denominado Tratado de Maastrich, cuando en su FJ 3 se expresó de este modo:



Tampoco la proclamación inscrita en el art. 1.2 de la Constitución queda contradicha, ni afectada siquiera, por el reconocimiento del sufragio pasivo, en las elecciones municipales, a un determinado círculo o categoría de extranjeros. Sin entrar en otras consideraciones, ahora ociosas, sea suficiente advertir, para fundamentar lo dicho, que la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos *sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía*. No tendría sentido alguno, como es obvio, formular ahora juicios hipotéticos, de modo que basta con advertir que ese no es el caso de los municipios, para descartar toda duda sobre la constitucionalidad, en cuanto a este extremo, de lo prevenido en la estipulación aquí examinada (cursiva del autor)

A mi juicio, esta trabada articulación conceptual parte de una petición de principio que se me antoja refutable: identificar Estado con Nación, y, en consecuencia, marinar las consecuencias propias del principio democrático (el Estado democrático; democracia de ciudadanos) en las propias de la teoría político-constitucional de la Nación (la Nación democrática; democracia de nacionales). Y es que Estado democrático y Nación no son los mismo, como no lo son la Soberanía del Pueblo y la de la Nación, por mucho que se empeñe el artículo 1.2 CE en aseverar que «la soberanía nacional reside en el pueblo español». Ahora bien, es innegable que el titular de la soberanía es «español». En esta atribución se entrecruzan nacionalidad y ciudadanía porque del artículo 1.2 CE para deducirse que el soberano es el pueblo español, por lo que los llamados a ejercerla son únicamente los ciudadanos que ostentan la condición de nacional español. ¿Conlleva esta aseveración la imposibilidad de que se le reconozca la condición de ciudadano a sujetos que no sean nacionales españoles?

#### B. *El «pueblo» del Estado*

Todo Estado, esto es, todo ordenamiento jurídico, regula conductas de sujetos. En fin, posee un ámbito personal de referencia compuesto por los sujetos obligados por él. Es así que el elemento territorial que también está en todo ordenamiento jurídico se erige en criterio que delimita el ámbito espacial de su eficacia y aplicabilidad. Todo sujeto que se halle en el territorio de ese ordenamiento jurídico está indefectiblemente sometido a

él. ¿Jurídicamente qué aporta distinguir en esos sujetos entre nacionales, extranjeros y ciudadanos? ¿Qué función cumplen esas categorías jurídicas? Es obvio que su empleo comporta un estatus legal diferenciado: el sometimiento de cada tipo de sujeto a un régimen jurídico diverso de sujeción al ordenamiento jurídico de referencia. La cuestión estriba en determinar la funcionalidad de cada categoría y en que esa función sea coherente con los fundamentos del ordenamiento jurídico. Adelanto ya que a la vista del principio democrático y su ligazón esencial con la garantía de un estatus de libertad e igualdad a toda persona por el mero hecho de serlo, y con el principio de que todo sujeto a normas debe poder participar en el proceso de su creación y aplicación (y debe hacerlo en condiciones de igualdad y libertad), no es coherente con la función de la categoría «ciudadanía», que es la de identificar y establecer el régimen jurídico de aquellos sujetos a un ordenamiento jurídico que tienen capacidad jurídica para participar en sus procesos de creación y aplicación de normas, emplear como criterio de identificación el lugar de nacimiento, la ascendencia familiar, la etnia, la raza o cualquier otra condición social que no resulte ser expresión del principio según el cual todo sujeto a un ordenamiento jurídico debe tener garantizada su participación en libertad e igualdad en los procesos de creación y aplicación de sus normas.

Con ello no se quiere decir que la nacionalidad sea una categoría jurídica obsoleta o inútil, sino nada más, y nada menos, que no es la categoría jurídica que permita definir la condición de ciudadano, pues cumple, y debe seguir cumpliendo, una función jurídica específica (delimitar una categoría de ciudadanos singular, sujeta a normas a las que no lo están los no nacionales). Esta cuestión, nos lleva derechamente a la construcción de una ya no tan novedosa categoría jurídica denominada «ciudadanía multinivel», y que es una de las expresiones de la condición borrosa de la propia Democracia (Bastida, 1998).

Todo ordenamiento tiene un ámbito personal sobre el que se proyecta. Si todo ordenamiento es un sistema de normas que regulan el uso de la fuerza, sus normas regulan el comportamiento de sujetos: unos llamados a soportar la coacción, y otros sujetos están apoderados para amenazar y en su caso usar la coacción. En rigor, la convivencia entre ordenamientos estatales eleva su territorialidad a único criterio delimitados de su aplicabilidad espacio-temporal. Quiero decir con esto que es el territorio lo que delimita el ámbito de aplicación de un ordenamiento jurídico dado. Más allá de esto, el ordenamiento sujeta a todo aquel que se halle dentro de ese territorio.

Estas son las ideas fuerza de las líneas que siguen. La tesis de que el principio democrático y el Estado social imponen por mandato constitucional la reconsideración del estatus de extranjero/inmigrante: según el grado de vinculación-sujeción del extranjero al ordenamiento jurídico, así de intensa será su condición de ciudadano (ciudadanía multinivel), que adquiere por la mera condición de persona igual y libre que reside de manera habitual en el territorio del Estado. Uno de los grados de ese estatus multinivel de ciudadanía es el que deriva de la condición de vecino que el extranjero adquiere al empadronarse.

### III. EL CAMBIO DE PARADIGMA CONSTITUCIONAL. DE LA CIUDADANÍA NACIONAL A LA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

El paradigma «clásico» de la definición de la ciudadanía ha estado condicionado por la nacionalidad (Costa, 2008; Aláez, 2003, 2006): el criterio legal que sirvió para identificar los pertenecientes a la Nación y dotados por ello de los poderes para el ejercicio de los atributos propios de la soberanía de la que la Nación es su titular. Una de las consecuencias de ese paradigma es, justamente, el régimen administrativo de la extranjería. En efecto, las personas sujetas a un determinado ordenamiento se dividían en «nacionales» y «extranjeros». Los primeros eran ciudadanos con plenos derechos y disfrutaban, además de los derivados de su condición de persona, de los derechos propios de la ciudadanía (esencialmente, derechos de participación política); los segundos eran simples sujetos pasivos del ordenamiento jurídico válido en el territorio de la Nación cuyo estatus derivaba, por un lado, de los «derechos del hombre»; y de otro, las normas administrativas reguladoras de la extranjería: entrada, salida y permanencia en el territorio del Estado y condiciones de disfrute de ciertos derechos y deberes (normalmente de carácter laboral). Debe considerarse que, más allá de lo establecido por las normas de derecho internacional privado (propias de los Códigos Civiles), quedaban privados de todos aquéllos que no les fueran atribuidos de forma expresa. El extranjero en este paradigma es un accidente personal dentro de un sistema jurídico humanamente homogéneo. De hecho, en ese sentido puede interpretarse el «pueblo» como uno de los elementos del Estado, tal y como los definía su Teoría clásica.

Este será el paradigma que los Estados constitucionales democráticos contemporáneos han heredado y conservado en sus diseños constitucionales de la ciudadanía, la nacionalidad y la extranjería, sin percibir que, tanto

la realidad migratoria que difumina las fronteras (Rosenau, 1990; Badie, 1995), cuanto las exigencias jurídico-constitucionales del principio democrático (Aláez, 2006), imponen, a mi juicio, una profunda revisión del paradigma. La idea clave es que el principio democrático y, por ende, el Estado constitucional democrático, cumple una función incluyente, derivada de su sustento personal (el fundamento del sistema es el respeto al individuo nacido libre e igual), y que se cifra en que el sistema constitucional, y el legal que lo desarrolla, debe poner a disposición de cualquier individuo presente en el territorio del Estado, el acceso a «grados de ciudadanía adecuados a la intensidad de su presencia y permanencia en la comunidad» (Costa, 2008). La definición legal de una ciudadanía multinivel es un imperativo constitucional derivado del principio democrático (Aláez, 2004, 2005, 2006). Para él, toda persona, por libre e igual, que esté en el territorio estatal, puede ser un «ciudadano».

El Estado democrático se fundamenta en la idea de que la comunidad política se forma como precipitado de la suma de individuos libres e iguales que la forman, que acuerdan autorregularse renunciando a su soberanía individual, atribuida ahora a su trasunto impersonal, el Pueblo; pero conservando un residuo de ella en su condición de titulares de derechos fundamentales (Bastida, 1998). A mi juicio, ese estatus básico que le confieren los derechos fundamentales a toda persona en el territorio del Estado en su condición de sujeto libre e igual, constituye el estatus básico de ciudadano, que es ajeno a la nota de la nacionalidad.

¿Quiénes son esos individuos que forman parte de esa comunidad? Pues todos aquellos que forman de hecho parte de la misma, o desean formar parte de ella, porque el sistema democrático reconoce la condición de ciudadano a todo sujeto libre e igual que integra una colectividad a cuyas normas se quiere y debe sujetar. Jurídico-constitucionalmente este es el punto de partida exigido por el principio democrático para definir la comunidad política; esto es, los ciudadanos que ejercen la Soberanía del Pueblo en distintos grados de intensidad y extensión. La ciudadanía expresa en sus distintos niveles el grado de integración en la comunidad de una persona que de hecho está en su territorio. Es el estatus propio del ejerciente de la soberanía del Pueblo. Y quién debe ejercerla, también en sus diferentes grados, es quién pueda identificarse jurídicamente como pueblo-vivo, los ciudadanos del artículo 9.1 CE (lo que permite, por cierto, resolver la aporía de individuos soberanos obligados por la Constitución), que es quien está

sujeto con cierto grado de permanencia al ordenamiento que regula esa comunidad, y justifica su participación en la creación y aplicación de sus normas. El grado más intenso de ciudadanía será el de los «herederos» de los partícipes del pacto social originario.

El ordenamiento jurídico tiene sujetos: individuos vinculados a y por un ordenamiento jurídico. Esa sujeción no precisa, en principio, de las categorías de nacionalidad o ciudadanía porque se sustenta en un hecho, la presencia en un determinado territorio en el que ese ordenamiento posee validez y está vigente (a salvo, desde luego, las vinculaciones personales, que son otra cuestión). La propia pluralidad de ordenamientos jurídicos exige, para su debida diferenciación, identificar su espacio físico de vigencia, el territorio, y su espacio humano de sujeción, sus sujetos. Esa sujeción tiene grados porque el ordenamiento vincula a los sujetos con distintas intensidades. Pero el principio democrático exige también que, según ese grado de sujeción, el ordenamiento jurídico debe poner a disposición del sujeto también distintos grados de participación en la creación y aplicación de las normas jurídicas que lo sujetan.

La nacionalidad ha sido empleada como categoría jurídica que sirve para la racionalización de las reglas sobre pertenencia a una comunidad política. Es una categoría funcional que no tiene por qué ser identitaria. Y si lo fuese, sería contraria al principio democrático según el cual todo individuo es libre e igual, y no puede distinguirse o definirse por identidades. Sin embargo, la nacionalidad, aún ajena a esa función, posee un efecto excluyente que ese mismo principio democrático exige minimizar porque introduce desigualdades y restricciones a la libertad de los individuos al excluirlos de determinados cauces de participación en la creación y aplicación de normas jurídicas. De ahí que la nacionalidad solo pueda emplearse como criterio nivelador del grado de ciudadanía de las personas en razón del rango y relevancia constitucional de la norma en cuyo proceso de creación o aplicación participa.

La nacionalidad debe ser considerada, entonces, como un estatus jurídico que singulariza un grado, acaso el más alto, de ciudadanía; cuya función debe tender a ser un instrumento jurídico para regular la inclusión de personas firmemente comprometidas con la comunidad política (Aláez, 2010), y no a excluirlas de ella ¡a los «herederos» de los «sociosoriginarios»!. Sólo así, creo, cabe establecer la diferencia según grados entre el extranjero que viene a disfrutar del sol mediterráneo seis meses en España y que tienen

propiedades en suelo español, de aquél que reside y trabaja permanentemente en España, o el español que reside permanentemente en el extranjero y que ni siquiera posee propiedades en España. No todos ellos deben ser considerados ciudadanos de la misma forma y en el mismo grado, desde luego. Pero, ¿por qué el extranjero que reside y trabaja permanentemente en España debe disfrutar de un estatus jurídico propio del derecho de extranjería, y el español emigrante tiene atribuido un estatus superior? ¿Cómo debe ser tratado jurídico-constitucionalmente el extranjero que posee inmuebles en España, consume, genera rentas y paga impuestos en nuestro país, respecto del español residente en el extranjero que no hace ni tiene lo propio, a salvo sus esporádicas visitas a su lugar de nacimiento? Únicamente desde una teoría jurídico-constitucional de la ciudadanía multinivel conforme con el principio democrático propio de los Estados democrático y sociales de Derecho puede darse respuesta adecuada y constitucionalmente conforme a esos diversos grados de vinculación y sujeción a un determinado ordenamiento jurídico.

El padrón se revela como un potente instrumento de nivelación en esos grados de ciudadanía democrática porque refleja fielmente un hecho: la residencia estable y continuada de una persona en un municipio (en fin, en el territorio del Estado), al margen de cualquier otro calificativo jurídico. Esa condición de vecino, que puede considerarse quizá como el primer nivel de ciudadanía, se adquiere por ese simple hecho, y no resulta constituido por una norma. El vecino lo es por vivir en vecindad, esto es, en un municipio; el nacional lo es porque así lo dice una norma jurídica. La ciudadanía define un modo de sujeción a un ordenamiento jurídico en cuyos procesos de creación y aplicación se participa, no una identidad comunitaria (Nación). El vecino es «Pueblo».

¿En qué medida cumple la regulación actual del padrón con estos propósitos? En la que sea capaz de integrar en él a todo extranjero con independencia de su estatus administrativo.

#### IV. EL PAPEL DEL PADRÓN EN LA TENSION NACIONALIDAD-CIUDADANÍA

El padrón es el instrumento que sirve para identificar vecinos y por tanto, ciudadanos del municipio. El inmigrante-vecino se integra como ciudadano del municipio: se convierte en titular de derechos y obligaciones, usa los servicios públicos locales, paga los impuestos municipales y puede participar a través de los canales que el ordenamiento jurídico municipal articula

para tal fin. El padrón, pues, debiera ser el censo de electores y elegibles en el municipio.

El gran constitucionalista italiano Carlo Espósito decía que es bueno que el Pueblo sea el titular de la soberanía, pero aún mejor es si la ejerce. En efecto, el análisis de estas cuestiones está transido por una cierta esquizofrenia categorial. Por un lado, está el plano conceptual sumamente abstracto de la titularidad de la soberanía. En este plano la categoría «Pueblo» (como la de «Nación») tiene una función eminentemente negativa y excluyente: evitar que otros sujetos que no sean Pueblo se arroguen esa titularidad, a la par que, dada la cualidad abstracta y ahistórica del Pueblo, ningún sujeto real y físico, persona jurídica u órgano estatal, puede reivindicarla como propia. De otro está el plano menos abstracto y más técnico jurídico del ejercicio de la Soberanía del Pueblo en el que la categoría manejada es la de «ciudadanos». A efectos de este trabajo, la que nos importa es esta segunda, porque no se trata de cuestionar la primera categoría, que no es el caso, sino de cuestionar que la segunda, la de «ciudadanos», en un Estado democrático pueda disolverse sin más en la de «nacionales». Si lo que importa, desde la perspectiva sobre todo del Derecho Constitucional, es identificar quién y cómo se ejerce la Soberanía del Pueblo, se sitúa en primer plano el debate sobre la definición de la cualidad jurídica de «ciudadano». La pregunta es, si el Soberano es el Pueblo Español, ¿solo pueden ser ciudadanos los españoles? Mi respuesta es que no. La razón: porque la condición de ciudadano dentro de un Estado deriva de la condición de persona libre e igual sujeta a su ordenamiento jurídico, y no, o no sólo, por la condición de nacional de ese Estado. La condición de nacional puede cualificar esa ciudadanía, hacerla de más valor si cabe, según qué y en qué circunstancias; pero no excluye otras formas de ciudadanía aptas también para ejercer la Soberanía Popular.

Antes fue la ciudadanía que la nacionalidad. Primero fueron las *civitas*, las ciudades, y los *civites*, los ciudadanos. Las Naciones y los nacionales llegaron después, con la Revolución Francesa y los Estado liberales decimonónicos (Costa, 2008; Aláez, 2005), con una finalidad excluyente: definir quién es miembro de la Nación y en esa medida merecedor y titular de un particular estatuto jurídico personal. En ese albor de la categoría «ciudadano», disuelta por entero en la de «nacional», nada significaba la Democracia porque (y al margen del sesgo antidemocrático del Estado liberal y que en buena medida explica la reducción de la ciudadanía a la nacionalidad)

el principio democrático aún no era un principio estructural del sistema constitucional del Estado.

Pero como todo tránsito, y no otro es el paso del Estado liberal de Derecho al Estado democrático de Derecho, también se da un tránsito de las categorías de manera que la definición de la ciudadanía que resulta del principio democrático sigue anclada y perturbada por la categoría liberal de la nacionalidad. Así las cosas, el estatuto de ciudadano sigue identificándose con el de nacional; el ciudadano en España es el español. Condición ésta, por cierto, que la CE ha hecho descansar por entero en la voluntad del legislador; dándose así la paradoja de que el estatus de ciudadano, que debiera estar definido e inferido de la Norma Suprema, y ser indisponible para el Legislador (que a tales efectos no es sino el órgano que concita a los «representantes» de esos ciudadanos ejerciendo soberanía en su nombre), termina por ser lo que ese Legislador disponga al regular las condición de nacional (artículo 11 CE).

Es estatus de nacional es por esencia excluyente. Con ello no se quiere decir lo obvio y que es nota también del estatus de ciudadano, toda definición de un estatus es excluyente ya que define condiciones para pertenecer o ser titular de algo, privando de esa pertenencia y titularidad a quien no las reúne. No, con ello se quiere subrayar que las condiciones para ser nacional se establecen y sirven para delimitar un grupo de sujetos y excluir a otros en función de criterios identitarios (quien nace en un lugar, quien descende de quienes ya lo son, quien pertenece a una raza o a una etnia...). El estatus de ciudadano se liga, no a criterios identitarios, sino comunitarios, o por mejor decir, republicanos. La ciudadanía es una noción inclusiva que integra a toda persona, con independencia de su identidad territorial, étnica, racial o personal, comprometida (en el doble sentido de, afectada e implicada) con la «res publica», con los intereses colectivos.

Dicho en términos iusconstitucionales, posee por principio el estatus de ciudadano en un Estado democrático toda persona en su condición de ser libre e igual, sujeto a un ordenamiento jurídico en cuyos procesos de creación y aplicación de sus normas tiene el derecho constitucional a participar. Esa condición, el derecho constitucional a participar en la creación y aplicación de las normas de un ordenamiento jurídico al que está sujeto, se adquiere por principio tan sólo por ser persona, libre e igual. Es más, la sociedad democrática es «sociedad decente», y su Estado lo es también, si respeta esa dignidad de persona e integra en sus procesos de creación y apli-



cación de normas a quienes están sujetos a su obediencia, reconociéndoles la condición y el estatus de ciudadanos (Margalit, 1997; Sennet, 2003). Si se me permite la expresión, ser ciudadano es una cuestión de estar en una comunidad (llamémosle Sociedad o Estado), y ser reconocido como sujeto libre e igual en ella. Por ello, y sólo por ello, esa persona debe tener a su disposición los mecanismos político-jurídicos indispensables para participar en la creación y aplicación de las normas a las que está sujeto (pudiendo distinguir, y de ahí la condición multinivel de la ciudadanía, según la intensidad y permanencia en el tiempo de esa sujeción o su carácter meramente circunstancial o pasajera; en fin, distinguir entre el simple turista de paso, del extranjero que reside y trabaja en España). Ser nacional, en cambio, es cuestión de ser (pertenecer) a una determinada comunidad y adquirir un estatus jurídico por esa pertenencia.

Y en toda esta reflexión, ¿qué papel ha de jugar el padrón, si es que tiene alguno que desempeñar? Es cierto que la vetusta institución del padrón, como es obvio, nació y se desarrolló ajeno por completo a ese debate. Naturalmente que su articulación y función nada tiene que ver con esa tensión propia de los Estados democráticos entre ciudadanía y nacionalidad, que afecta, más bien, a la institución del censo electoral. Ese papel, que ahora reivindicó, tampoco puede resultar de la circunstancia de concluir que el padrón municipal es un medio idóneo, si no el más potente y eficiente, para la integración de los extranjeros y su inclusión social al alcance de las Administraciones Públicas (Aguado, 2003; Solanes, 2004). Que así sea es un resultado de la propia articulación normativa del padrón, pero no su sustancia, causa o razón de ser. El padrón nace y sirve para listar los vecinos de un municipio y atribuirles el estatus jurídico-administrativo propio de la vecindad; no, naturalmente, para ser instrumento de integración social.

Sin embargo, no deja de ser cierto que el padrón ha venido a desplegar unas funciones y ha servido, acaso sin quererlo, para cumplir de manera un tanto casual e inadvertida con aquellos propósitos. Ello es así porque el padrón, y así ha sido desde su origen, recoge y expresa el simple hecho de residir en un lugar de forma habitual. El padrón refleja la vecindad, nada más y nada menos. El padrón no constituye ni define una condición o estatus jurídico de la persona, como lo hace el censo electoral (ser nacional o extranjero, residente o no, ciudadano comunitario y asimilados, o residente ilegal). Se limita a reflejar una circunstancia de hecho a la que el ordenamiento jurídico local apa- reja una serie de consecuencias que constituyen ese estatus de la vecindad.

De ahí ese poder integrador, porque parte y refleja de lo que hay y existe en un lugar, no lo que debiera haber o la forma jurídica en la que debiera existir; y a ese hecho le apareja derechos y deberes. La residencia habitual en un municipio es un hecho jurídicamente relevante por sí, que constituye en sí mismo un estatus jurídico, el de la vecindad. La nacionalidad o la extranjería son ficciones jurídicas que califican un hecho con la imposición de un determinado estatus jurídico. El punto de conexión de esta circunstancia y la tensión ciudadanía-nacionalidad estriba en que el padrón refleja justo la presencia de una persona, que es por ser libre e igual, en un determinado territorio, en el que vive y trabaja habitualmente, y cuyas normas le sujetan de forma intensa y no solo circunstancial o pasajera, y a la que el principio democrático le atribuye, con carácter general, el derecho a participar en la creación y aplicación de esas mismas normas (cierto que en distinto grado e intensidad según el nivel de ciudadanía que corresponda). A mi juicio, sin ningún género de dudas en el caso del territorio municipal y las normas municipales en el que reside y trabaja habitualmente.

El padrón traza el mapa humano de la ciudad/municipio. El padrón radiografía el mapa social de la ciudad, por eso es un instrumento capital para la planificación de servicios públicos. El padrón enumera habitantes que considera vecinos a los que el ente local presta servicios. El padrón es un documento administrativo que acredita que de hecho se vive en un determinado lugar, y sólo a los efectos que la propia legislación local establece. La residencia que acredita el padrón, y de la que trae causa, es el simple hecho de vivir habitualmente en un lugar, no una calificación jurídico-administrativa de su residencia (temporal, permanente, legal, ilegal...).

#### V. CIUDADANIAS AUTONOMICAS

El fenómeno de la descentralización política en el seno de los Estados y, en consecuencia, la convivencia dentro (y formando parte) del ordenamiento estatal de sub-ordenamientos que regulan las posiciones jurídicas de las personas ha supuesto la construcción de un nuevo tipo de ciudadanía territoriales dentro del Estado. Unas ciudadanía construidas en el caso Español (y común a nuestra órbita jurídica europea) sobre la vecindad de los sujetos, y limitadas por el principio constitucional de igualdad, relativa para el caso de los derechos y deberes de rango infraconstitucional y absoluta para el de los derechos fundamentales (arts. 14, 139 y 149 I. I. I CE).

En el caso de las CCAA su referente para la definición de su base personal no puede ser la titularidad de la soberanía, claro está (aunque es bien sabido que se ha tratado de construir una noción de «soberanía» nacional-autonómica que ha sido rechazada por el TC). Se trata una vez más de identificar al sujeto activo y pasivo del ordenamiento autonómico sobre su territorialidad: quien se halle en el territorio de la CCAA es sujeto de su ordenamiento. El grado de vinculación dependerá de su «arraigo» en ese territorio, lo que se ha identificado con la adquisición de la vecindad administrativa en él. De esta manera, es ciudadano de la CCAA quien sea vecino de uno de sus municipios.

Las CCAA crean normas respecto de cuyo destinatario existe la tentación de pensar que lo son únicamente aquéllos que ostentan la condición política de «ciudadanos» de la CCAA en cuestión. No ha faltado tampoco, como ha sido el caso del Estatuto de Cataluña de 2006, ocasión para considerar que ese destinatario constituiría el «pueblo» autonómico (Sachs, 1983).

Sobre este extremo se ha pronunciado el TC en su Sentencia 31/2010 respecto de la referencia que hace el artículo 2.4 del EA de Cataluña al «pueblo catalán» como fuente de legitimación de los poderes públicos catalanes. A juicio del TC no existe tacha constitucional a esa expresión en la medida en que no se interprete como reconocimiento de la existencia de un pueblo soberano distinto al español, contrariando lo proclamado en el artículo 1.2 CE. Para el TC, en la medida en que el propio EA dice regular lo que regula con plena sujeción a la CE, la función de semejante enunciado estatutario es, sostiene el TC, la de ser manifestación de la legitimidad democrática de los poderes públicos autonómicos cuya fuente estaría en el conjunto de ciudadanos que participan directa o indirectamente en su composición y proceso de tomas de decisión. Así lo expresaba el TC en el FJ 9 de la citada Sentencia:

No se trata, por tanto, en el contexto del art. 2 del Estatuto, de recabar para la Generalitat de Cataluña un fundamento distinto del expresado en el art. 1 EAC, sino de hacer de la legitimación democrática el principio que ha de regir el ejercicio por la Comunidad Autónoma de los poderes que el Estatuto de Autonomía le confiere desde la Constitución. *El pueblo de Cataluña no es, por tanto, en el art. 2.4 EAC, sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional* cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto que ha de regir como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Cataluña. *El pueblo de Cataluña comprende*

*así el conjunto de los ciudadanos españoles que han de ser destinatarios de las normas, disposiciones y actos en que se traduzca el ejercicio del poder público constituido en Generalitat de Cataluña. Justamente por ser destinatarios de los mandatos de ese poder público, el principio constitucional democrático impone que también participen, por los cauces constitucional y estatutariamente previstos, en la formación de la voluntad de los poderes de la Generalitat. Tal es el designio que justifica la expresión «pueblo de Cataluña» en el art. 2.4 EAC, por entero distinta, conceptualmente, de la que se significa en nuestro Ordenamiento con la expresión «pueblo español», único titular de la soberanía nacional que está en el origen de la Constitución y de cuantas normas derivan de ella su validez (cursiva del autor)*

No hubiera estado de más que el TC se extendiera en sus razonamientos para aclarar explícitamente que, en todo caso, ese «pueblo de Cataluña» no define una especie de *nacional catalán*. Las palabras del TC, cuyo sentido aquí se comparte, acierta a identificar ese «pueblo» con el conjunto de «ciudadanos españoles» que son «destinatarios» de las normas y actos de los poderes públicos autonómicos catalanes. De este modo sutil desactiva implícitamente la tentación de interpretar ese precepto en el sentido de que el EA y el legislador autonómico pueden definir quién de entre los ciudadanos españoles son «pueblo de Cataluña» acudiendo a un criterio distinto al territorial, pues en definitiva, al decir que son los destinatarios del ejercicio del poder público por los órganos autonómicos catalanes, impide que sea otra condición social o personal la que constituya el criterio de identificación y pertenencia a ese «pueblo». De hecho, que esto es así, resulta coherente con la definición que hace el artículo 7 EA de Cataluña de la «condición política de catalán», según la cual son «ciudadanos de Cataluña» los ciudadanos españoles con vecindad administrativa en algún municipio catalán. No puede haber otro «pueblo catalán» que el compuesto por los españoles que administrativamente tienen su domicilio habitual en Cataluña.

Esta identificación explica por qué al TC no le genera duda alguna de constitucionalidad el artículo 15 del EA de Cataluña al identificar como titulares de los derechos estatutarios que establece el EA a los «ciudadanos de Cataluña», dejando al legislador autonómico la decisión de extenderlos a o no «otras personas», que no pueden ser otros que los ciudadanos españoles que no poseen la vecindad catalana y los extranjeros. Afirmarlo así, que esa expresión «pueblo de Cataluña» no es más que la manera de denominar al

grupo de destinatarios del ejercicio del poder público autonómico, y por tanto llamados a legitimarlo participando en él, abre la posibilidad de establecer diferencias de trato normativo entre los ciudadanos autonómicos y «otras personas» que, a nuestro juicio, si se trata de derechos de rango legal, no plantea problema alguno.

El sustrato territorial de las CCAA no sólo delimita el espacio de vigencia de sus normas, también el de los sujetos a él. Pero con la peculiaridad de que el derecho autonómico no puede crear estatutos personales y singulares de manera que sus «ciudadanos» pudieren objetar la sujeción a las normas de otras CCAA o del propio Estado central esgrimiendo su «pertenencia» a una CCAA (Aláez, 2006). El vecino de una CCAA pierde su condición de tal, si es que esa condición jurídicamente excede de la mera identificación de los titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones a las asambleas legislativas autonómicas, una vez abandona los límites territoriales de su CCAA para sujetarse entonces al ordenamiento de aquélla en la que ahora se encuentre. Sus derechos y obligaciones son de naturaleza territorial y no personal. Como dice Ignacio de Otto y Pardo lo que ordena el artículo 139.1 CE es que las «posiciones jurídicas diverjan únicamente en la medida en que lo exija la territorialidad del ordenamiento» (Otto, 2010).

Otra cosa bien distinta es que la CCAA pueda tratar de forma diferente a quienes sean los potenciales destinatarios de sus normas. En primer lugar, las normas autonómicas, como las estatales, no suelen identificar el círculo de destinatarios porque tiene una vigencia personal general y afectan por igual a todos aquellos que residan en o transiten por la CCAA, si fuese el caso. En segundo lugar, la CCAA puede establecer, a nuestro juicio, diferentes tratos, y en consecuencia, diferentes posiciones jurídicas entre residentes y transeúntes. Lo que no puede hacer, porque esto es justamente lo que le prohíbe el artículo 139.1 CE, en relación con el artículo 14 CE, es emplear como criterio de la diferencia el lugar de procedencia o vecindad del destinatario de sus normas.

La CCAA pueda disponer de los destinatarios de sus normas, identificando a qué colectivo se dirigen, siempre que no sea para crear estatutos personales en razón de la procedencia o pertenencia a la CCAA (igualdad de posiciones jurídicas) o para alterar arbitrariamente la delimitación del colectivo de ciudadanos ante quien es responsable políticamente (derechos políticos en el ámbito autonómico). Si así lo hiciese, si pudiese limitar el ámbito de sujeción personal a las normas autonómicas, y en particular las relativas

a derechos, a sólo sus *ciudadanos*, esto es, a quienes son titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones a su asamblea legislativa por mor de su vecindad administrativa en un municipio de la CCAA, estaría definiendo un remedo de condición de *nacional* de la CCAA para lo que ni es competente (art. 149.I.2 CE), ni es constitucionalmente conforme a los artículos 19 y 139.2 CE ya que semejante régimen de *pertenencia* a una CCAA vulneraría la libertad de residencia y circulación de los españoles, y obstaculizaría la libre circulación y establecimiento de personas y bienes por todo el territorio nacional (Pemán Gavín, 1992; Albertí Rovira, 2009). La pertenencia a una CA no puede ser una cuestión de *nacionalidad autonómica*, de pertenencia a un sujeto colectivo constituido por los EEAA que excluya a los no *nacionales autonómicos* convirtiéndolos en *extranjeros* en la CCAA y sometiénolos a un estatuto personal singular.

En mi opinión, no hay inconveniente constitucional en que una norma autonómica, por ejemplo, disponga que sólo los residentes en la CCAA estén sujetos a sus exacciones fiscales o se beneficiarán de ciertas prestaciones asistenciales dispensadas por la Administración autonómica. No lo hay porque en rigor lo que exige la prohibición de discriminación del artículo 139.2 CE es que la definición de la residencia no se haga con criterios de *nacionalidad autonómica*, sino de permanencia continuada en su territorio; esto es, si la definición de quien es residente en la CA se liga a su arraigo en su territorio, de forma que sea razonable pensar que ese arraigo acredita la plena pertenencia de la persona a la comunidad formada por los sujetos directa y permanentemente al ordenamiento autonómico y su correlativo derecho a participar en la creación y aplicación de sus normas y en el deber de obedecerlas. La residencia sería una cuestión territorial y no personal. Si se acredita esa ligazón entre arraigo y territorio, la CA puede distinguir entre los residentes así definidos y los meros transeúntes sin vulnerar ni el artículo 14 CE ni el artículo 139.I CE por la simple razón de que aquí la condición territorial del individuo no es ni una condición «personal» ni «social» de las que el artículo 14 veta como razones que fundamenten tratos diferenciados (Baño León, 1988; Aláez, 2006).

De existir una *ciudadanía autonómica* distinta de la que simplemente identifica a quienes son titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones a su asamblea legislativa, no podría ser otra cosa que la que estribe en el empleo de la residencia por arraigo en la CA (Aláez, 2006, Letamendía y otros, 2008). Este criterio para identificar ciudadanos autonó-

micos como destinatarios de las normas de la CA puede fundamentar sin tacha constitucional la diferenciación entre sujetos ante y en el ordenamiento jurídico autonómico. No se olvide que el artículo 14 CE prohíbe únicamente los tratos desiguales no fundados en razones objetivas, siempre que esas razones no sean de las que el propio artículo 14 interdicta expresamente por tenerlas por discriminatorias. Si la condición de residente en una CA es definida por el arraigo, la condición para ser sujeto de derechos y deberes en el ordenamiento jurídico autonómico deja de ser una de esas condiciones personales o sociales cuyo uso como estribo para el establecimiento de tratos diferenciados en la ley está vedada por el artículo 14 CE (Bastida, 1998).

Así las cosas, las CCAA pueden regular su propia «ciudadanía», en el sentido de delimitar la población de la CA y en consecuencia el círculo de personas sujetas a sus normas, pero no pueden establecer un régimen de «nacionalidad» autonómica (Pemán Gavín, 1992; Cabello Espierrez, 2001; Tudela Aranda, 2008). Las CCAA, bajo ciertas condiciones, pueden introducir distinguos entre los sujetos a sus normas en función de si son o no residentes sin por ello vulnerar el artículo 139.1 CE. Siempre que la residencia se conciba como un criterio que ayuda a definir la «plena pertenencia del individuo a la comunidad» en cuyos procesos de creación y aplicación de normas debe poder participar para cumplir con el principio democrático (Aláez, 2006). Así cabe justificar que sólo los «ciudadanos» de esa CCAA, identificados por su residencia, sean los llamados a participar en esos procesos, y no el mero transeúnte, o que la CCAA haga destinatarios de algunas de sus prestaciones únicamente a los residentes sin por ello infringir el artículo 14 y 139.1 CE.

En conclusión, el artículo 139.1 CE prohíbe la discriminación *interterritorial* (la procedencia de otro territorio no puede fundar un trato desigual al que se da a los residentes en la CCAA), pero admite la desigualdad *intraterritorial* (la CCAA puede distinguir entre residentes por arraigo y transeúntes sin vulnerar el principio de igualdad). Sólo así se alcanza una interpretación concordante entre el artículo 2 CE, y su garantía de la diversidad territorial y la plena disponibilidad sobre las competencias propias mediante la creación de leyes de las CCAA, el artículo 14 y el 139.1 CE.

A nuestro juicio, las CCAA sólo podrán apelar a la residencia como criterio para distinguir tratos en sus normas y en la aplicación de éstas cuando la función ejercida en el acto de creación o aplicación de esa norma se liga indisolublemente al ejercicio de funciones estatutarias que definan o contribuyan a definir la comunidad de personas constituida por el propio



EA. Así podrá justificarse el establecimiento de criterios de distinción entre residentes y no residentes para ejercer los derechos de sufragio o para beneficiarse de prestaciones pecuniarias o de bienes y servicios a cargo de la CA (Pemán Gavín, 1992).

En el primer caso, se suscriben aquí las palabras del TC en su Sentencia 60/1987 FJ 2 (a la que siguieron las SSTC 107/1990, 25/1992 y la 86/2003):

Ese fundamento no puede negarse que existe en las disposiciones que ahora indirectamente se pretenden controvertir porque no cabe descalificar como desprovista de razonabilidad la exigencia de que quienes aspiran a acceder a cargo público de Diputado de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Extremadura tengan la condición política de extremeño, ya que esta exigencia resulta justificada teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Ley 2/1987, de procurar una cierta homogeneidad de intereses en el ámbito de la Comunidad Autónoma entre el Cuerpo Electoral y aquellos que ante él se proponen como candidatos. Este es un fin constitucionalmente lícito para el Legislador y tampoco puede decirse que el criterio elegido para su consecución resulte discriminatorio.

En el segundo caso, la CCAA estaría haciendo uso de su autonomía financiera (art. 156.I CE) ejerciendo su *spending power* arbitrando prestaciones pecuniarias o de bienes y servicios distinguiendo entre residentes y no residentes con el objeto de asignar recursos escasos.

Dicho esto, este criterio de la razonabilidad de la diferencia territorial quizá pueda justificar resoluciones del TC como la Sentencia 60/1987 respecto de derechos fundamentales de configuración legal o cuando la diferencia de trato afecta a prestaciones relativas a derechos u obligaciones infraconstitucionales (pero incluso este criterio es discutible como ha puesto de manifiesto la Sentencia de la SCT.US *Saenz v. Roe*, pues en ella la SCT.US ha considerado que un Estado federado no puede condicionar el disfrute de ciertas prestaciones asistenciales a criterios de residencia mínima en el Estado —Tribe, 1999—). Pero el juicio debe ser otro si el trato diferenciado afecta a derechos fundamentales.

El TC en la polémica STC 239/2002 que desestimó los conflictos de competencias planteados por el Gobierno de la Nación contra los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de diciembre, y 62/1999, de 9 de marzo, que establecen ayudas económicas complementarias de carácter



extraordinario a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, tuvo ocasión de abordar un problema similar al asunto Saenz de la SCT.US, pero no lo hizo desde esta perspectiva. En su FJ 10, único momento en toda su argumentación en el que se mencionó el problema de la igualdad, sostuvo que:

Por todo lo expuesto, podemos concluir que el sistema de la Seguridad Social no resulta perturbado por las medidas que examinamos, ni tampoco las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en lo relativo a la percepción de pensiones (arts. 149.1.1 y 14 CE), pudiéndose añadir a ello que el Estado siempre podrá adoptar, al amparo de los expresados títulos competenciales o de otros que en cada caso puedan ser de aplicación, las medidas que resulten convenientes para evitar los posibles efectos disfuncionales que pudieran producirse en dicho sistema como consecuencia de la acción normativa de las Comunidades Autónomas.

El TC no hizo sino soslayar el problema de fondo, que lo era de igualdad interterritorial, como le señalaron, fundamentalmente, el Voto Partícula del Magistrado García-Calvo.

#### VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, (2003) Hacia una nueva población municipal: el padrón como instrumento para la realización de políticas públicas y para el ejercicio de derechos de españoles y extranjeros, *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1, pp. 195 y ss.
- (2002) La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I), *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 0, pp. 7-43, y (II), n.º 1, pp. 58 y ss.
- (2007) *Inmigración y gobierno local: experiencias y retos*, pp. 39 y ss.
- ALÁEZ CORRAL, Benito, (2004), Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática, en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Presno Linera (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp.43 y ss.
- (2005), Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional, *Historia Constitucional* (Revista electrónica), n.º 6, pp. 29 y ss.
- (2005), Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 127, pp. 129 y ss.

- (2006), *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2007), Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft vor den Herausforderungen des demokratischen Verfassungsstaates, *Der Staat*, n.º 3.
- (2008), Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía, en *Nacionalidad y Ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, págs. 63-129.
- (2010), Ciudadanía democrática, multiculturalismo e inmigración, en: *Treinta años de Constitución. Congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, García Roca/Enoch Albertí (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, (2009), artículo 139, en *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Casas/Rodríguez-Piñero (dir.), Kluwer, Madrid, pp. 2093 y ss.
- BADIE, Bertrand, (1995), *Le fin des territoires*, Fayard, Paris.
- (1999), *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999.
- BADIE, Bertrand/SMOUTS, Claude, *L'international sans territoire*, L'Harmattan, Paris, 1999.
- BASTIDA, Francisco, (1998), La Soberanía borrosa. La Democracia, *Fundamentos*, n.º 1, 1998.
- (2005), La ciudadanía en el Estatuto del Principado de Asturias, en: *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional: (libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo)*, Aguiar de Luque (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 915 y ss.
- CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel, (2001), *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- COSTA, Pietro, (2008), Nacionalidad y Ciudadanía, en: *Nacionalidad y Ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- (2006), *Ciudadanía*, Marcial Pons, Madrid.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio, (2008), Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal de Habitantes, *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 140, (2008), pp. 685 y ss.
- GARCÍA RAMOS, José María, Extranjería y municipio, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* n.º 21, Quincena 15 - 29 Nov. 2003, pp. 3609, Tomo 3.
- JURADO, Ana, (2004), Diferencias entre Censo de Población y Padrón Municipal, *Revista de Estadística y Sociedad*, n.º 3, pp. 12 y ss.

- KLAVER/ODÉ, (2009), *Civic integration and Moder Citizenship*, Europa Law Publishing.
- LETAMENDÍA/AHEDO/ZELAIA, (2008), *Democracia, ciudadanía y territorialidad*, IVAP; Oñate.
- MARAÑA SÁNCHEZ, José Q., (2010), En clave constitucional: Padrón de habitantes e inmigración irregular, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 3, Quincena 15 - 27 Feb., pp. 443, Tomo I.
- MARGALIT, Avishai, (1997), *La sociedad decente*, Paidós, Madrid.
- OTTO, Ignacio (2010), *Obras completas*, Bastida/Punset/Varela (edit)., Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo-Madrid.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, (1992), *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, PUUZ/Civitas, Madrid.
- PUNSET, Ramón, (1998), En el Estado constitucional hay Soberano. Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional, *Fundamentos*, n.º 1, 1998.
- ROSENAU, James N. (1990), *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, Princeton University Press,.
- (1997), *Along the Domestic-Foreign Frontier: Exploring Governance in a Turbulent World*, Cambridge.
- (2003), *Distant Proximities: Dynamics Beyond Globalization*, Princeton University Press.
- RUBIO CARRACEDO, José, (2007), *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*, Trotta, Madrid.
- SACHS, Michael, (1983), Das Staatsvolk in den Ländern. Überlegungen zur Landesangehörigkeit und zur staats bürgerlichen Gleichheit im Bundesstaat, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 108, pp. 68 y ss.
- SENNET, Richard, (2006), *El Respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Anagrama, Barcelona.
- SOLANES CORELLA, Angeles, (2002), El padrón municipal como mecanismo de inclusión de los extranjeros indocumentados, en *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José María Boquera Oliver*, Climent Barberá/Baño León (coords)., pp. 1033 y ss.
- (2004), La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 10, 2004.
- TRIBE, Laurance H., (1999), Saenz Sans Prophecy: the Privileges or Immunities Revival Portend the Future – or Reveal the Structure of the Present?, *Harvard Law Review*, vol. 113, p. 110 y ss.

*Ignacio Villaverde Menéndez*

TUDELA ARANDA, José, (2008), El camino perdido. La identidad en el proceso de reformas estatutarias, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm.33, pp. 107 y ss.

TUR AUSINA, Rosario (dir)., (2009), *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Iustel, Madrid.

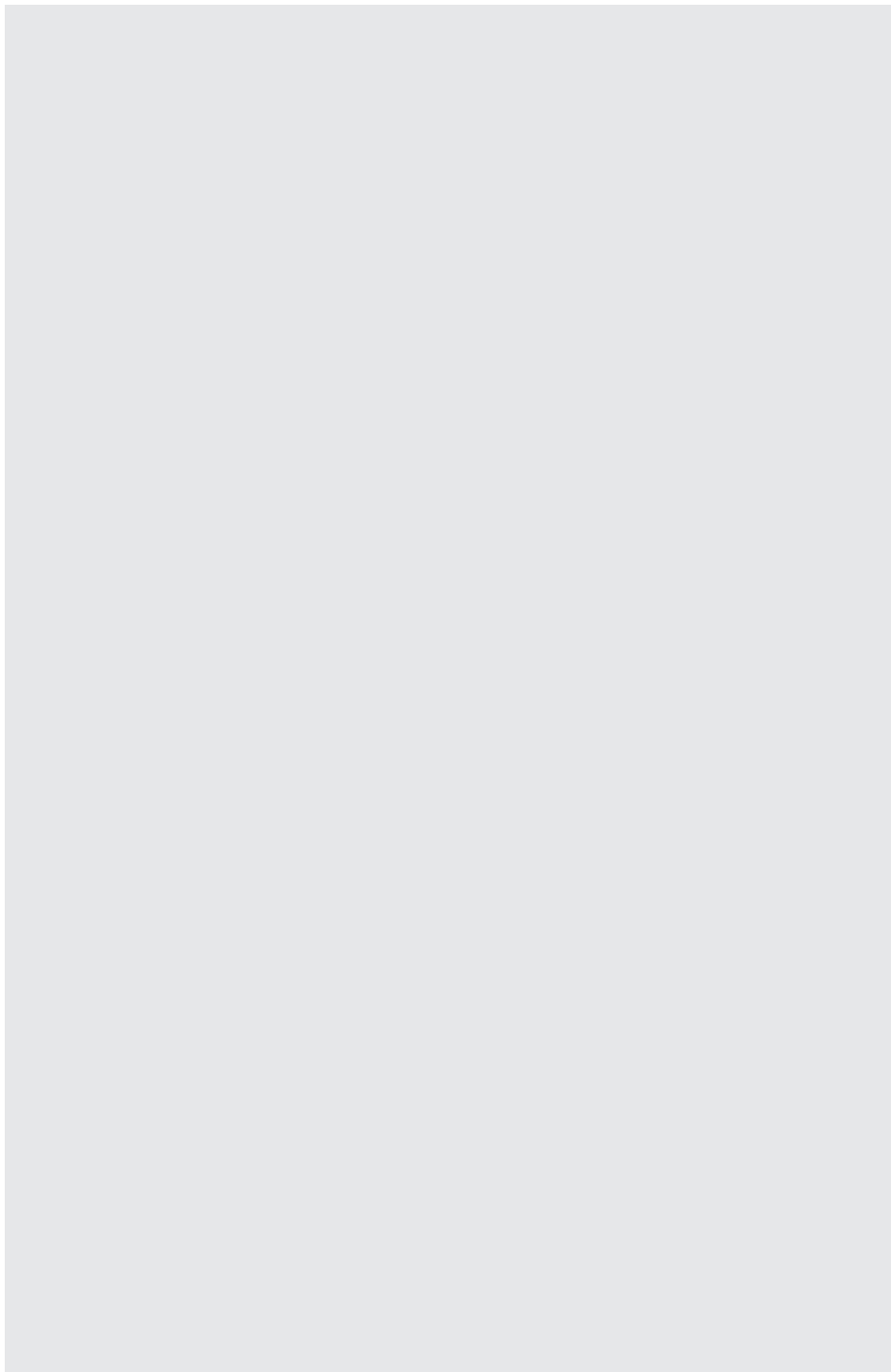
ZARAUZ, José, (2009), El padrón municipal en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 22.

# LA CIUDADANÍA EUROPEA (ENTRE PARÉNTESIS)

María Fraile Ortiz

## SUMARIO

- I. Nacionalidad estatal y ciudadanía europea, cruce de caminos  
Una cuestión terminológica  
«Nacional» versus «nacional a efectos de Derecho de la Unión»  
¿Un cheque en blanco?  
Mr. Rottmann  
Los Estados... también tienen obligaciones entre sí
- II. Vocación del estatuto de ciudadanía europea ¿una ciudadanía transfronteriza?  
El lugar de la no discriminación por razón de la nacionalidad  
El ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión  
¿Un mismo trato jurídico?  
Un matrimonio ¿deseado?  
Luxemburgo:... algo se mueve  
El Sr. Ruiz Zambrano ¿el fin de la ciudadanía transfronteriza?  
Extrapolaciones y autonomía
- III. Unión Europea y sujetos sometidos a su jurisdicción: una historia de vasos comunicantes  
Las paradojas de un estatuto no exclusivo (I): el sufragio  
Las paradojas de un estatuto no exclusivo (y II): libertad de circulación y familia  
Una ecuación de resultados sorprendentes: vasos comunicantes



Hace ya algunos años, tantos que resulta casi embarazoso, tuve una interesante y peregrina discusión con una buena amiga sobre el sentido del paréntesis. Mientras para mí el paréntesis permitía integrar aquellas reflexiones que, viniendo al caso, no eran imprescindibles para el argumento y en un momento dado podían incluso suprimirse sin que ello privase de sentido al texto restante, para ella el paréntesis representaba todo aquello esencial que pasaba a primer plano gracias al signo ortográfico, una suerte de densidad encerrada que salta a la vista llamando la atención del lector.

Esta inesperada ambigüedad de un signo que parecía lineal en la voz del diccionario, me pareció interesante para titular el trabajo que a continuación se presenta, un trabajo en el que la llamada «ciudadanía europea» es a la vez elemento accesorio y aspecto esencial de los últimos acontecimientos europeos.

Lejos de ofrecer un estudio sobre el tema abordado de forma racional y ordenada, analizando sistemáticamente su alcance cual voz bibliográfica, la apuesta ha sido por presentar algunos de los muchos temas que podrían ser abordados si tuviéramos que dar cuenta de lo que supone «hoy» la ciudadanía europea. Como toda elección es siempre una renuncia, dicho enfoque supone que quedan fuera muchos aspectos, lo cual puede ser sin duda muy discutible como también es discutible el por qué de la consiguiente selección; lo indiscutible es que hay una perspectiva que pretende hilvanar todo el entramado, hablar de una ciudadanía europea entre paréntesis, una ciudadanía europea ligera y prescindible en ciertos aspectos... pero densa y prometedora en otros.

El primer *paréntesis* habla de un camino compartido, nacionalidad estatal y ciudadanía europea y de las dificultades y contradicciones de esa vinculación. Un segundo *paréntesis* se refiere al horizonte, a la vocación de

la ciudadanía europea, la que se ha proclamado y la que parece adivinarse últimamente. El tercer *paréntesis* cuestiona algunas premisas de este viaje pero al mismo tiempo descubre efectos sorprendentes. Todos ellos (y otros que quedan en el tintero) están llenos de interrogantes; la ciudadanía europea entre paréntesis resulta así de paradójica<sup>1</sup>.

#### I. NACIONALIDAD ESTATAL Y CIUDADANÍA EUROPEA, CRUCE DE CAMINOS.

La nacionalidad estatal y la ciudadanía europea cruzaron oficialmente sus caminos a comienzos de los años noventa, cuando la ciudadanía europea nació en la letra impresa del Tratado de Maastricht. Estrictamente hablando esa conexión se intuía ya en el asunto Micheletti resuelto por el Tribunal de Justicia pocos meses antes de la entrada en vigor del Tratado<sup>2</sup>, pero como condición plasmada en el Derecho originario el acta de nacimiento se encuentra en éste. Desde el primer art. 17 del TCE (hoy día, art. 20 del TFUE), el tratado consagraba que toda persona que tuviera la nacionalidad de un Estado miembro de la recién creada Unión Europea, sería también *ciudadano europeo*. La ciudadanía europea surgía así de forma automática, sin necesidad de presentar solicitud alguna, sin necesidad de optar por tenerla o no, incluso sin quererlo<sup>3</sup>. . . , se trataba sin duda de una «criatura extraña»<sup>4</sup>.

Desde entonces la cuestión de la posesión de ese vínculo personal se ha visto confrontada con numerosas circunstancias, aspectos nuevos, desafíos e interrogantes que, sin embargo, no han logrado cambiar la esencia de aquel primer planteamiento por más que haya matices y observaciones que hacer: el ciudadano europeo es un sujeto que es, en primer lugar, nacional de un Estado miembro. O dicho de otra manera, «en el estado actual del

<sup>1</sup> Original cerrado a 31 de julio de 2011.

<sup>2</sup> Cfr. la STJUE de 7 de julio de 1992, asunto Micheletti, apartados 9 y 10. Para facilitar la lectura, incorporaremos al final del trabajo una tabla con la referencia completa de las sentencias del TJUE señaladas en el mismo.

<sup>3</sup> Resulta llamativo que veinte años después, un Eurobarómetro de marzo de 2010 recoja que una quinta parte de los encuestados cree que hay que presentar una solicitud para obtener la ciudadanía europea, o que puede elegir entre ser ciudadano europeo o no serlo. Cfr. en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo, elaborado en aplicación del art. 25 TFUE sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, (COM(2010) 603 final) de 27 de octubre de 2010, p. 11.

<sup>4</sup> La expresión es de Daniel Sarmiento. Cfr. Sarmiento, Daniel, «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 26, 2008, p. 214.



Derecho de la Unión» (fórmula ésta bien arraigada en el léxico de la Unión)<sup>5</sup> la nacionalidad estatal sigue siendo condición primera y única, y condición imprescindible para ser ciudadano europeo<sup>6</sup>. Han pasado ya varios años desde que muchos pidieran, pidiéramos, considerar la residencia como criterio de arraigo alternativo, como vínculo con entidad suficiente para ligar al sujeto a esa entidad europea de alcance supranacional<sup>7</sup>. Por más que en ciertos aspectos y de cara al ejercicio de alguno de los derechos ligados a la ciudadanía de la Unión se haya dado cierta relevancia a dicho criterio, la residencia en el territorio no ha logrado suplir al criterio de la nacionalidad para «ser» ciudadano europeo<sup>8</sup> ni tampoco es relevante como condición

---

<sup>5</sup> Con la finalidad de simplificar utilizaremos siempre la expresión «Derecho de la Unión» con independencia de la fecha a la que nos referamos. De igual manera hablaremos siempre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o TJUE. Por el contrario, hemos escogido la expresión «ciudadanía europea» porque resulta más familiar y se utiliza comúnmente en tal sentido por la doctrina.

<sup>6</sup> Así en muchos pronunciamientos del TJUE, en particular destacamos STJUE de 11 de julio de 2002, asunto D'Hoop, apartado 27; STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto García Avello, apartado 21; STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto Ruiz Zambrano, apartado 40 o STJUE de 12 de mayo de 2011, asunto Runevic-Vardyn, apartado 59.

<sup>7</sup> Muchas eran las razones que aconsejaban hacerlo así, desde poder incorporar a la comunidad de ciudadanos europeos a aquellos individuos que por su larga permanencia en el territorio de un Estado miembro demuestran una incorporación estable a la misma, poder corregir paralelamente la distorsión que se produce cuando la nacionalidad convierte en ciudadanos europeos a personas desvinculadas de la Europa comunitaria, poder buscar un criterio que refleje con fidelidad el sustrato social de la Unión, que contribuya a desarrollar una doble lealtad —hacia los Estados y hacia la Unión— y que al tiempo acentúe su originalidad en el contexto internacional al configurarse como un concepto autónomo, propio del orden jurídico comunitario, todo ello utilizando un instrumento plenamente asentado en el mundo jurídico en el que funciona en general como criterio residual (por ejemplo para conceder naturalizaciones). Así lo defendí en Fraile Ortiz, María, *El significado de la ciudadanía europea*, col. Estudios constitucionales, CEPCC, Madrid, 2003, p. 381 y ss. El concepto de «arraigo» citado entonces y ahora se toma de la definición de Francisco Bastida, Bastida, Francisco J., «La soberanía borrosa: la democracia» en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 1, 1998, p. 381-459. En el mismo sentido, Marie Jose Garot, *La citoyenneté européenne*, L'Harmattan, Paris/Montreal, 1999 o G. Davies «Any place I hang my hat? or: Residence is the new nationality», *European Law Journal* n.º 11, 2005, pp. 43-56.

<sup>8</sup> Si bien el TJUE ha estado cerca varias veces (STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto Eman y Sevinger, apartados 30 y 31 y STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto España c. Reino Unido, apartados 46 y 70 y ss) hasta la fecha no ha tenido que enfrentarse nunca a dicha cuestión.

añadida a la nacionalidad<sup>9</sup>: así, en el estado actual del Derecho de la Unión son ciudadanos europeos los nacionales aunque residan fuera y no son ciudadanos europeos los residentes si no tienen la nacionalidad de un Estado miembro. Ello pese a que muchos ciudadanos no lo sepan<sup>10</sup>.

Ciudadanía europea y nacionalidad estatal son así compañeros de viaje, no siempre bien avenidos pero compañeros al fin y al cabo. Veremos ahora algunos de esos aspectos que han ido surgiendo en estos últimos años desafiando ese camino compartido.

### *Una cuestión terminológica*

En primer lugar es preciso hablar del carácter complementario, léase ahora «adicional», de la ciudadanía europea respecto de la nacional, y la aclaración de que la primera no sustituye a la segunda; todo ello recogido en el nuevo art. 20 TFUE y en el art. 9 del TUE<sup>11</sup>. La aclaración de que la ciudadanía europea no pretende reemplazar la ciudadanía nacional aparece en el Tratado de Ámsterdam, auspiciada como es sabido por Dinamarca que temía que la nueva condición pudiera ser un mecanismo encubierto para vaciar o extender los derechos ligados a la ciudadanía estatal<sup>12</sup>. Este

<sup>9</sup> En el asunto Eman y Sevinger citado, el TJUE dijo que era irrelevante dónde residiera el sujeto de cara a considerarle ciudadano europeo o no: si era nacional, era automáticamente ciudadano europeo. Cuestión distinta era si podía condicionarse a ciertos ciudadanos europeos la posibilidad de participar en las elecciones al Parlamento Europeo. Volveremos sobre el asunto más adelante.

<sup>10</sup> Un 78 % de los entrevistados en la encuesta citada en la nota n.º 3 cree que un ciudadano europeo tiene derecho a adquirir la nacionalidad de cualquier otro Estado miembro en el que reside desde hace al menos 5 años. Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, op.cit, p. 11.

<sup>11</sup> Esta reiteración, a todas luces innecesaria en principio como bien señala Jo Shaw, parece responder al interés de los miembros del Parlamento Europeo en la Conferencia Intergubernamental que concluyó con la adopción del Tratado de Lisboa en 2007, de destacar la ciudadanía europea como una prioridad política debido a su importancia simbólica. Cfr. Shaw, Jo, «Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism», *EUI Working Paper RSCAS 2010/60*, p. 20; publicado con posterioridad en Craig y De Búrca (eds.), *The evolution of European Union Law*, Oxford, 2011, 2.ª edición.

<sup>12</sup> Lo que posiblemente no es tan conocido es que en el «origen» de este temor hay una cuestión en parte terminológica: en un estudio sobre la relación entre los términos nacionalidad y ciudadanía, De Groot destaca cómo algunos países, entre ellos Dinamarca, optaron por elegir un único término, «ciudadanía», en la versión lingüística propia del Tratado de Maastricht para evitar la connotación étnica que podía presentar el término «nacionalidad», viéndose

temor había dificultado la ratificación del Tratado de Maastricht debido a la negativa danesa al referéndum convocado al efecto, y por ello, tras la minuciosa aclaración detallada por Dinamarca en una Declaración adjunta al Tratado de Maastricht (declaración que a su vez dio lugar a otra de formato general sobre la que volveré enseguida), en 1997 se optó por incorporarla al texto del Tratado de Ámsterdam. La mencionada aclaración se recogía del siguiente modo en la versión española del citado tratado: *la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional*.

El proyectado y fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 2004, incorporó una novedad reproducida después en el Tratado de Lisboa actualmente en vigor: la sustitución del adjetivo «complementario» por el de *adicional*. De esta manera, el nuevo art. 20 TFUE y también el art. 9 del TUE declaran que *la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*. El alcance de este cambio no es a fecha de hoy muy evidente y hay opiniones para todos los gustos<sup>13</sup>; y aunque la realidad parece más bien inclinarse por no mostrar diferencia alguna, lo importante es que la relación entre ciudadanía europea y nacionalidad estatal sigue estando... igual de indefinida. ¿Son realmente conceptos separados, y si lo son, son independientes? Naturalmente parece que la ciudadanía europea no puede existir si antes no hay una base nacional ¿o sí? Si primero se es nacional y luego ciudadano de la Unión ¿podría esa ciudadanía europea llegado el caso condicionar la regulación de la nacionalidad de un Estado miembro?

#### *«Nacional» versus «nacional a efectos de Derecho de la Unión»*

La segunda cuestión a abordar alude a la omnímoda capacidad de los Estados de determinar en última instancia quién es ciudadano europeo, al

---

a continuación en la necesidad de aclarar el significado que el término tendría en el contexto del nuevo tratado. Cfr. G.-R. de Groot, *Towards a European Nationality Law*, vol. 8.3 Electronic Journal of Comparative Law, October 2004, (<http://www.ejcl.org/83/art83-4.html>).

<sup>13</sup> Mientras la propia Comisión considera que de esta manera se fortalece la noción de ciudadanía europea ya en la propia definición (Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, *op. cit.*, p.2), algo que comparten otros autores al defender que el término «añadir» refleja de modo más adecuado la relación entre los dos estatus pues evita malentendidos en torno a cuál de ellos debe ceder ante el otro llegado el caso (Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 20), hay quien piensa que el concepto de «complementariedad» era más poderoso pues de alguna manera suponía que las dos ciudadaníaes estaban al mismo nivel, y en cambio la palabra adicional puede hacer pensar que la ciudadanía europea es un estatus accesorio, el segundo, mientras la ciudadanía nacional es el principal, el primero (De Groot, GR, *op. cit.*, p. 2).

ser éstos quienes determinan los modos de adquirir y perder la nacionalidad propia. Esto, paradójicamente, escapa en ocasiones de sus manos: una vez puesto en marcha el sistema de atribución y pérdida de la nacionalidad, los sujetos que se acogen al mismo lo hacen... quiera o no el Estado, con todas las consecuencias<sup>14</sup>.

Efectivamente, es doctrina consolidada del TJUE desde el citado asunto Micheletti que *la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho Internacional, competencia de cada Estado miembro (...)*<sup>15</sup>. Los efectos más inmediatos parecen un lastre para la solidez de la condición de ciudadano de la Unión: habrá tantos modos de adquirir y perder la ciudadanía europea como Estados Miembros y nacionalidades haya en cada momento, por lo que desde la perspectiva de la totalidad del territorio europeo es posible imaginar numerosos escenarios en los que la desigualdad será mayúscula<sup>16</sup>. Son muchos los estudios doctrinales y las denuncias ante instituciones europeas por las inconsistencias y dificultades de un criterio así.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Asuntos tan relevantes como Baumbast, Rottmann o Ruiz Zambrano, a los que me referiré en detalle más adelante, dan buena muestra de ello.

<sup>15</sup> Cfr. al respecto STJUE Micheletti, apartado 10; y desde entonces, entre otras, Mesbah apartado 29, Zhu y Chen apartado 37, Rottmann apartado 39, Ruiz Zambrano apartado 40.

<sup>16</sup> Al no existir mínimos comunes para ser nacional de un Estado miembro y no existir tampoco mínimos «autónomos» para ser ciudadano europeo, en el fondo nos encontramos con veintisiete maneras distintas de ser ciudadano europeo. Sale más «caro» ser ciudadano europeo en unos países que en otros aunque el «título» final obtenido por todos sea el mismo.

<sup>17</sup> En una Resolución de 2009 el Parlamento Europeo consideraba «deseable» promover el intercambio de experiencias sobre sistemas de naturalización en los distintos Estados miembros para mejorar la coordinación en los criterios y procedimientos de acceso a la ciudadanía de la Unión respetando al tiempo la competencia estatal para determinar el acceso a la nacionalidad, y para limitar la discriminación que resulta de la existencia de distintos regímenes jurídicos. Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre problemas y perspectivas de la ciudadanía europea (2008/2234(INI)), 2010/C 147 E/03, p. 17. Por su parte, el último informe de la Comisión contempla numerosos problemas relacionados con la pérdida y la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro (al respecto 130 preguntas individuales, 18 preguntas parlamentarias y 5 peticiones). Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, *op. cit.*, p. 5. En cuanto a la doctrina, citamos a título ejemplificativo algunos de los trabajos más representativos: De Groot, G.R, *op. cit.*, p.4-15 o Margiotta, Constanza and Vonk, Olivier, «Nationality law and European citizenship: the role of dual nationality», *EUI Working Paper RSCAS 2010/66*.

Por si la situación no fuera así suficientemente variopinta, hay que añadir que los Estados tienen la capacidad de «aclarar» en su caso quiénes son sus nacionales *a efectos del Derecho de la Unión*, es decir, quiénes entre los individuos sometidos a su jurisdicción deben considerarse nacionales de cara al Derecho de la Unión. Simbólicamente este salto es importante para la ciudadanía de la Unión, pues si bien según la letra del tratado la pura posesión de la nacionalidad de un Estado miembro supone la condición de ciudadano europeo, por esta vía los Estados tienen en el fondo reconocida la capacidad de decidir *directamente* quiénes quieren que sean ciudadanos europeos. La ciudadanía... «a la carta»<sup>18</sup>.

Esta generosísima posibilidad, sobre la que el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse en el asunto Kaur<sup>19</sup>, y que posiblemente no se buscaba sino que vino de la mano de esa declaración auspiciada por la situación danesa, va a llevar a cuestionar la inicial vinculación nacionalidad estatal/ciudadanía europea pues en virtud de dicha declaración no todos los nacionales de los

---

<sup>18</sup> De nuevo esta cuestión tiene su origen en la Declaración danesa emitida con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht. Las reservas presentadas por el gobierno danés dieron lugar a la *Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea* (DO C 348, 31 diciembre 1992) y a la posterior adopción de la *Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro aneja al Tratado de Maastricht*: «La Conferencia declara que cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario». Lo que en la Declaración danesa no era sino una aclaración final, pasa a tener vida propia y adquiere carta de naturaleza en la Declaración relativa a la nacionalidad, dando así alas a una problemática que no había surgido hasta entonces: la que permite a los Estados «informar», y con ello «decidir», quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos del Derecho de la Unión.

<sup>19</sup> STJUE de 20 de febrero de 2001, C-192/99. La Sra. Kaur, nacida en Kenya, tenía según la normativa británica, la condición de «ciudadana británica de Ultramar» lo que le impedía la entrada y permanencia en Reino Unido. En aplicación de la doctrina Micheletti, (los modos de adquirir o perder la nacionalidad son competencia de cada Estado miembro) y teniendo sobre la mesa la mencionada Declaración sobre la nacionalidad, el Reino Unido no consideró a la Sra. Kaur «nacional a efectos del Derecho de la Unión». El TJUE dio por buena dicha interpretación, al señalar que el Derecho de la Unión no se oponía a que para determinar la nacionalidad se estuviese a dicha normativa nacional dictada en aplicación de la Declaración.

Estados miembros son necesariamente ciudadanos europeos<sup>20</sup>. Obsérvese cómo el texto de la Declaración recuerda al estilo de las «reservas» típicas de los tratados internacionales, si bien con los términos abiertos para poder ser asumidos por cualquier Estado miembro (una especie de cheque en blanco). Ello no es sino el reflejo de la naturaleza compleja del ordenamiento de la Unión: pretende ser una construcción supranacional, que va más allá de los Estados, pero ha sido creada por tratados internacionales.

### *¿Cheque en blanco?*

Ese principio en virtud del cual los Estados son quienes tienen la capacidad de determinar el ámbito de aplicación del Tratado *ratione personae*, al determinar quiénes son sus nacionales (o sus nacionales a efectos del Derecho de la Unión), abre inmediatamente muchos interrogantes: ¿hasta dónde debe llegar esa capacidad del Estado? ¿Podría ser admisible, por ejemplo, que un Estado de la Unión decidiera sostener una política de adquisición y pérdida de la nacionalidad muy restrictiva/muy amplia? ¿La Unión Europea tendría que permanecer necesariamente al margen y dejar que cada Estado hiciera lo que quisiera?<sup>21</sup> Por eso, desde el mismo asunto Micheletti el Tribunal añadía a la fórmula ya conocida, *la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro (...), una salvedad, (...) competencia que debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión*<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Si bien sólo el Reino Unido y Alemania señalaron en su momento a quiénes consideraban sus nacionales a efectos del Derecho de la Unión (Pregunta escrita E-3588/97 de Brendan Donnelly (PPE) al Consejo (17 de noviembre de 1997) DO C 158), De Groot llama la atención sobre otros casos «dudosos» a partir de la lectura de sus normativas nacionales como el caso de Dinamarca, Holanda, Francia, España e Italia. Cfr. De Groot, GR, *op. cit.*, p. 7.

<sup>21</sup> Pensemos en que la cuestión no es menor: por ejemplo, las decisiones del Consejo por mayoría cualificada (art. 16 TUE y Decisión del Consejo sobre la mayoría cualificada de 13 de diciembre de 2007) se adoptan teniendo en cuenta entre otros criterios la población del Estado miembro ¿Podría un Estado miembro adquirir un mayor peso relativo en las instituciones a través de una política no sólo generosa sino fraudulenta de atribución de la nacionalidad? De Groot apunta reflexiones en tal sentido, aunque también destaca que en general las instituciones y los Estados miembros suelen respetar ampliamente la autonomía de cada singular Estado en lo que a determinación de la nacionalidad se refiere; aportando ejemplos sobre decisiones nacionales con notables consecuencias en la ampliación del conjunto de «nacionales» que no dieron lugar a protesta alguna. Cfr. De Groot, G.R, *op. cit.*, p. 9-10 y 15.

<sup>22</sup> Cfr. la STJUE de 7 de julio de 1992, asunto Micheletti, apartado 10. En el mismo sentido después: STJUE de 11 de noviembre de 1999, asunto Mesbah, apartado 29; STJUE de 20

El respeto del Derecho de la Unión aparece así como una especie de válvula de escape, un mecanismo de control en beneficio del sistema de la Unión: si bien los Estados parecían tener el mando de la capacidad de determinar al sujeto de la ciudadanía de la Unión, esa «reserva» no suponía el acta de defunción de la lógica europea pues ya desde el asunto Micheletti —casi coetáneo a la firma del tratado— el Derecho de la Unión salvaba la posibilidad de tener algo que decir al respecto.

En todo caso, el respeto del Derecho de la Unión es una fórmula muy abierta ¿Cuánto podría controlarse desde la perspectiva del respeto del Derecho de la Unión? ¿Se trata de una fórmula pasiva, que obliga a no hacer, o es también activa, imponiendo ciertas actuaciones a los Estados? ¿Podría, así, aceptarse que los Estados debieran someterse a unos mínimos comunes en la regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad? Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de pedir a aquellos Estados miembros que no han suscrito el mínimo internacional europeo que constituye el *Convenio sobre la nacionalidad* (1997) que lo hagan<sup>23</sup>, lo que permitiría un acuerdo de mínimos, algo ya extraordinario<sup>24</sup>. ¿O ese respeto llegaría como mucho a no consentir regulaciones que se considerasen discriminatorias?

En parte, la «grandeza» de esa fórmula sobre el respeto del Derecho de la Unión está en abrir la puerta a un control jurisdiccional que, aunque pueda parecerlo, no compete necesariamente (o no sólo) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es evidente que dicho control por parte del Tribunal de Justicia parece razonable: si los Estados pueden incluso determinar quiénes quieren que sean sus nacionales «a efectos del Derecho de la Unión», el Tribunal de Justicia como máximo intérprete del Derecho de la Unión puede tener algo que decir al respecto. Pero ese control jurisdiccional puede y debe también corresponder a instancias nacionales, pues lo que consagra la fórmula referida es que el control se realice tomando como parámetro el Derecho de la Unión y dicha tarea está en manos de los órganos jurisdiccio-

---

de febrero de 2001, asunto Kaur, apartado 19; STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto Zhu y Chen, apartado 37; STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto Rottmann, apartado 45.

<sup>23</sup> A fecha de hoy, de los veintisiete Estados miembros de la Unión tan sólo doce han suscrito plenamente ese acuerdo (reservas aparte) firmado en 1997 y que entró en vigor en 2000; siete más lo han firmado pero no ratificado y ocho ni siquiera lo han firmado —Bélgica, Chipre, Estonia, Irlanda, Lituania, Eslovenia, España y Reino Unido—.

<sup>24</sup> En este sentido De Groot, G.R., *op. cit.*, p. 21 y Margiotta, C. and Vonk, O., *op. cit.*, p. 17.



nales nacionales que deben aplicar el Derecho de la Unión como Derecho interno. Pero para llegar aquí es preciso hablar del Sr. Rottmann<sup>25</sup>.

*Mr. Rottmann*

La sentencia dictada por el TJUE en el asunto Rottmann<sup>26</sup> permite realizar varias observaciones, algunas de las cuales pueden extrapolarse a principios generales. 1) Toda decisión nacional que implique, siquiera indirectamente, la pérdida de la ciudadanía europea «está comprendida, por su propia naturaleza, en el ámbito del Derecho de la Unión» (apdo. 42). 2) Desde el momento en que esto es así, dicha decisión debe respetar el Derecho de la Unión. 3) Dicho respeto genera en el ciudadano un derecho a ver sometido su caso a un control jurisdiccional «realizado en función del Derecho de la Unión» (apdo. 48). 4) Dicho respeto no es incompatible con una decisión final que implique la pérdida de la ciudadanía europea<sup>27</sup>, siempre que haya sido adoptada siguiendo el principio de proporcionalidad. 5) Dicha proporcionalidad se verificará en función del Derecho de la Unión y en particular a la luz «de la importancia que el Derecho primario otorga al estatuto de ciudadano de la Unión» (apdo. 56).

¿Es posible hablar a partir de ahora de «omnímoda» capacidad de los Estados en el ámbito de la nacionalidad? Obviamente no. Su poder va a depender de que afecte o no a la ciudadanía de la Unión, pues no siempre la

---

<sup>25</sup> «La reserva según la cual debe respetarse el Derecho de la Unión no menoscaba el principio de Derecho internacional ya reconocido por el Tribunal de Justicia (...) según el cual los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero consagra el principio según el cual, cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (...) *puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión*» (asunto Rottmann, apartado 48).

<sup>26</sup> STJUE de 2 marzo de 2010, asunto Rottmann. Janko Rottmann es un ciudadano austriaco que se traslada a Alemania mientras está inmerso en un proceso penal por estafa en Austria. Allí solicita la naturalización, omitiendo mencionar la existencia de ese proceso en curso, y ésta se le concede, lo que supone la pérdida de la nacionalidad austriaca. Cuando Alemania conoce los antecedentes ocultados por el sujeto, procede a retirar retroactivamente la nacionalidad por haber sido adquirida fraudulentamente. Dicha medida supone por un lado que el Sr. Rottmann se convierte en apátrida y también que pierde su estatuto de ciudadano europeo.

<sup>27</sup> Revocar una naturalización por maniobras fraudulentas responde a un motivo de «interés general» (*public interest* en la versión inglesa) como demuestran los acuerdos internacionales que también la contemplan (apdo. 51).



adquisición o pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro tendrá consecuencias en el estatuto del ciudadano europeo, (cuando hay doble nacionalidad de la Unión, por ejemplo). En caso afirmativo, su poder podrá verse contestado en los tribunales en función del principio de proporcionalidad. Dicho principio tiene además un perfil muy definido en caso de revocación: el juez deberá valorar una serie de parámetros muy concretos, a. la gravedad de la infracción cometida, b. el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria y c. la posibilidad del interesado de recuperar su nacionalidad de origen. Es difícil que en un caso futuro similar al de Rottmann, un juez nacional pueda «desentenderse» de tales criterios.

Dicho asunto ha sido ya objeto de mucha atención por parte de la doctrina<sup>28</sup> por poner contra las cuerdas aspectos importantes relacionados con la comprensión del estatus del ciudadano europeo. Algunos han criticado al Tribunal por su excesiva tibieza al no haber aprovechado para dar un paso al frente de sentido claramente «federal» declarando que la pérdida de la nacionalidad austriaca no supondría la de la ciudadanía europea<sup>29</sup>; ello daría autonomía al vínculo europeo, algo deseable pero ¿posible desde el texto del tratado? No está claro. Quienes en cambio no veían viable esa posibilidad, han alabado la apuesta del Tribunal al dar pie a una ciudadanía si no «posnacional», sí al menos «posnacionalista» que pueda combatir los excesos de los Estados<sup>30</sup>. Los hay incluso que sitúan esta decisión en la vanguardia de los pronunciamientos judiciales en materia de nacionalidad<sup>31</sup>. Sea como sea, con Rottmann ha quedado claro que la nacionalidad no es ya un asunto exclusivamente interno.

---

<sup>28</sup> De forma premonitoria, De Groot avanzaba en su trabajo (2004) el conflicto que se suscitaría entre la normativa holandesa y el Derecho de la Unión en un supuesto... idéntico al caso Rottmann. Cfr. De Groot, G.R., *op. cit.*, nota 80 en p.13.

<sup>29</sup> Dora Kostakopoulou: European Union citizenship and Member State nationality: updating or upgrading the link?, 6 de Julio 2010, (<http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=5>).

<sup>30</sup> Savino, Mario, «EU Citizenship: Post-national or post-nationalist? Revisiting the Rottmann case through administrative lenses», *European Review of Public Law*, vol. 23, 1/2011, pp.39-49, p. 49. Del mismo autor, «Dopo Rottmann: quale futuro per la cittadinanza europea?» en *Nel merito*, 29 dicembre 2010 ([www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com)).

<sup>31</sup> Gerard René De Groot and Anja Seling: The consequences of the Rottmann judgment on Member State autonomy - The Court's avant-gardism in nationality matters, 1.º Julio 2010 (<http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=6>).

*Los Estados... también tienen obligaciones entre sí*

Esta «lógica soberanista», en virtud de la cual es el Estado el que (en principio) tiene la capacidad de determinar quiénes son sus nacionales y al hacerlo determinar quiénes son los ciudadanos europeos, tiene desde siempre su proyección, naturalmente, en el actuar de los demás Estados Miembros: ningún Estado miembro podrá limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad. Esto no cambia en los casos de doble nacionalidad de la Unión: el hecho de que un nacional de un Estado miembro sea también nacional de otro Estado miembro, no afecta a las circunstancias que rodean al primer vínculo y por ello el segundo Estado miembro no puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad por el primer Estado miembro.

La sentencia dictada en el asunto *Micheletti* fue la primera en pronunciarse en tal sentido<sup>32</sup>. El TJUE señaló que el Derecho de la Unión se oponía a que un Estado miembro limitase los efectos de la atribución de nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales como la residencia habitual en el Estado miembro de acogida para reconocer dicha nacionalidad operativa; entre otras cosas porque, de lo contrario, el ámbito de aplicación personal de las normas sobre libertad de establecimiento podría variar de un Estado miembro a otro lo que podría entrar en conflicto con la vocación integradora de la construcción europea<sup>33</sup>.

Pero *Micheletti* no ha sido el único asunto al respecto, es preciso hablar además de los casos *García Avello* y de *Zhu y Chen*.

En el año 2003 el TJUE (el Pleno) dictó una controvertida sentencia en el asunto *García Avello* a partir de una cuestión prejudicial planteada por el Conseil d'Etat belga sobre un asunto *a priori* intrascendente, un cambio de apellidos.<sup>34</sup> El TJUE dirá que la doble nacionalidad de la Unión hace que su

---

<sup>32</sup> En aquel caso, como seguro se recordará, la Delegación del Gobierno de Cantabria se negaba a reconocer los efectos de la nacionalidad comunitaria —italiana— a un ciudadano italo-argentino que quería hacerla valer en el marco de la libertad de establecimiento comunitaria.

<sup>33</sup> Cfr. STJUE asunto *Micheletti*, apartados 11 y 12.

<sup>34</sup> STJUE de 2 de octubre de 2003. Dos ciudadanos, español y belga casados y residentes en Bélgica, tienen dos hijos con doble nacionalidad. Quieren cambiar los apellidos de los hijos según la normativa española (de *García Avello* —los dos del padre— a *García Weber* —padre y madre—), pero Bélgica no lo admite al considerarlo una situación puramente interna (a sus ojos está ante dos ciudadanos que poseen la nacionalidad belga y residen allí)

situación no sea comparable con la de una persona que sólo tiene la nacionalidad belga, debiendo observarse desde la perspectiva de la segunda nacionalidad y desde los perjuicios que sufrirían por el hecho de desplazarse por el territorio de la Unión (dificultades para disfrutar en un Estado miembro cuya nacionalidad poseen, de los efectos jurídicos de actos o documentos expedidos con un apellido reconocido en otro Estado miembro cuya nacionalidad también poseen (apdo.37)); y por ello concluye 1) que no estamos ante una «situación puramente interna» y 2) que el Derecho de la Unión se opone a la denegación de una solicitud de cambio de apellidos como la referida en el caso, por cómo obstaculizaría el ejercicio de los derechos a circular y residir libremente por el territorio de la Unión.<sup>35</sup>

Finalmente es preciso hacer referencia al asunto Zhu y Chen<sup>36</sup> por cuanto incorpora un nuevo aspecto a lo visto anteriormente (en otro momento de

---

y aplicar por consiguiente normativa estrictamente nacional que no lo permite. Siguiendo la doctrina Micheletti, ningún Estado miembro (en el caso, Bélgica) puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro (en el caso, España). La polémica se desata en torno a la cuestión de si estamos o no ante un asunto interno, doméstico, pues la ciudadanía europea no puede extender el ámbito de aplicación material del tratado a situaciones internas sin ningún vínculo con el Derecho de la Unión (apartado 26). En realidad dicho vínculo existe porque los hijos son nacionales de un Estado miembro y residen en otro del que también son nacionales, lo que ocurre es que desde la perspectiva de Bélgica sólo se trata de un caso suscitado por nacionales suyos que residen allí.

<sup>35</sup> Con posterioridad el TJUE ha tenido que pronunciarse de nuevo sobre varios asuntos que retomaban el tema del cambio de apellidos y su proyección sobre la libertad de circulación y residencia: STJUE de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin y Paul: Niño nacido en Dinamarca de padres alemanes y nacionalidad alemana. Problemas prácticos de tener unos documentos oficiales emitidos por Dinamarca con un apellido y en cambio un pasaporte alemán con otro. STJUE de 22 de diciembre de 2010, caso Sayn-Wittgenstein: joven austriaca, adoptada por un alemán y residente en Alemania, con nacionalidad austriaca. Austria le priva de oficio de parte del apellido conferido por razones nobiliarias en la adopción y que lleva utilizando quince años en Alemania, por ser contrario a una ley nacional de abolición de la nobleza. STJUE de 12 de mayo de 2011, caso Runevic-Vardyn: Lituana de origen polaco, casada con ciudadano polaco, residentes en Bélgica con un hijo belga. Problemas en la transcripción de sus apellidos al polaco.

<sup>36</sup> STJUE de 19 de octubre de 2004. Dos ciudadanos chinos, con un hijo nacido en China, trasladan su residencia al Reino Unido por motivos profesionales cuando la madre está embarazada, naciendo Catherine Zhu en Belfast (Irlanda del Norte). Ello va a facilitar a la niña el pasaporte irlandés según lo previsto en la normativa irlandesa, pero no la nacionalidad británica pues Reino Unido no sigue el criterio del *ius soli*. Teniendo en cuenta que la normativa británica no les permite residir legalmente en el territorio, el tribunal británico plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE al dudar de la compatibilidad entre dicha normativa y el Derecho de la Unión.

este trabajo volveré sobre el caso): esa afirmación categórica de que ningún Estado miembro puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, es llevada al extremo cuando su efectividad se reconoce incluso en supuestos en los que es posible presumir una «finalidad fraudulenta» en la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro. Efectivamente, el Tribunal reunido en Pleno va a señalar que el principio al que nos estamos refiriendo ahora es de aplicación incluso cuando todos (la interesada, las partes, el Tribunal) reconocen que «la estancia en el Reino Unido tenía por objeto crear las condiciones necesarias para que la hija que iba a nacer adquiriera la nacionalidad de otro Estado miembro con el fin de obtener a continuación, para la niña y para ella, un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido».<sup>37</sup> La polémica estaba, de nuevo, servida, aunque como veremos en otro momento el asunto Ruiz Zambrano de marzo de 2011 ha supuesto una nueva vuelta de tuerca.<sup>38</sup>

Estas «situaciones de conveniencia» (la referida en el asunto Zhu y Chen no es la única) son vistas con preocupación y recelo por los Estados por las consecuencias prácticas que es posible extraer de algunos fallos. El asunto recién señalado pone sobre la mesa los «partos por conveniencia» en el territorio europeo para adquirir así la nacionalidad de algún Estado miembro y con ella la libertad de circulación y residencia; pero hay otros en los que la presunta conveniencia se articula en torno a otros parámetros como el vínculo matrimonial<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> No debe ignorarse, en todo caso, la otra cara de la moneda, la normativa china: como señala el Abogado General Tizzano en sus Conclusiones la concreta elección de Irlanda fue, efectivamente, deliberada por sus condiciones óptimas para que la hija recién nacida adquiriera la nacionalidad irlandesa y con ella la ciudadanía de la Unión; pero la decisión de dar a luz en un país distinto de China se debió a la política de control de la natalidad de ese país en virtud de la cual las familias tan sólo podían tener un hijo. Por otro lado, la citada normativa impedía adquirir la nacionalidad china a quien naciese fuera de sus fronteras, por lo que desde su nacimiento Catherine Zhu no podía entrar sino con un visado y por un plazo máximo de treinta días al país de origen de su familia. Esta última circunstancia hacía más difícil la decisión británica de no conceder la residencia a ella o/y a su madre, pues en ningún caso su hija podría vivir con ella en China. Cfr. los apartados 10, 11 y 21 de sus Conclusiones.

<sup>38</sup> En este asunto el Abogado General recuerda cómo se reprochaba al Sr. Ruiz Zambrano haber realizado maniobras de «ingeniería jurídica» para conseguir así su objetivo.

<sup>39</sup> El asunto Metock y otros (STJUE de 25 de julio de 2008) trata de la celebración de matrimonios entre nacionales comunitarios y nacionales de terceros Estados. El asunto Ruiz Zambrano (STJUE de 8 de marzo de 2011) trata también de un asunto vinculado a la paternidad en territorio de la Unión y su «idoneidad» en este caso para regularizar la

En ellos llama la atención además un elemento importante: la utilización de una posibilidad abierta por los tratados para el logro de un fin distinto de la obtención de la condición de ciudadano europeo. Efectivamente, el caso Zhu y Chen resulta paradigmático: el traslado a Irlanda del Norte para dar a luz responde a la finalidad de obtener así la nacionalidad de un Estado miembro para... acceder al derecho a la libre circulación y residencia. Que ese derecho forme parte del estatuto del ciudadano europeo no es un bien en sí mismo, mucho menos la condición de «ser» ciudadano de la Unión; el art. 18 TCE era el objetivo, la libertad de circulación y residencia. Y así ha sido hasta llegar al asunto Ruiz Zambrano, pero ese es otro capítulo en esta historia.

## II. VOCACIÓN DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA EUROPEA ¿UNA CIUDADANÍA TRANSFRONTERIZA?

Preguntarse por la vocación de alguien o de algo es tarea a menudo ingrata. Podremos encontrar tantas versiones de una misma vocación como intérpretes (e intereses) haya. En muchas ocasiones esa supuesta vocación queda confundida con la dirección adoptada en un momento dado, o con la orientación que parece tomar algo a juzgar por una serie de indicadores. La vocación puede, sin embargo, seguir escondida.

El TJUE vinculó ese concepto con la ciudadanía europea en el año 2001, con motivo de la sentencia dictada en el asunto Grzelcyk, señalando que *la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (...)*<sup>40</sup>. A partir de ese momento, la referida «vocación» del estatuto de ciudadanía europea ha sido una fórmula recurrente en muchas de las sentencias pronunciadas, estando en boca además de todas las instituciones de la Unión que antes o después se han referido al asunto en sus documentos y actuaciones vinculados a la ciudadanía de la Unión.

Recientemente, sin ir más lejos, el Comité de las Regiones adopta esa fórmula surgida en el seno del Tribunal y la presenta, digamos, adaptada: según éste, «la ciudadanía de la Unión constituye hoy el estatus fundamen-

---

situación de los progenitores. Y en el reciente asunto McCarthy (STJUE de 5 de mayo de 2011) estamos de nuevo ante un matrimonio celebrado entre un nacional comunitario y otro no comunitario, si bien en el citado caso la cuestión se considera finalmente «puramente interna», sin conexión con el Derecho de la Unión. Volveremos sobre ellos más adelante.

<sup>40</sup> Otras versiones lingüísticas: «(...) *is destined to be...*»; «(...) *a vocation à être...*»; «(...) *è destinato ad essere...*».

tal del individuo, sujeto político del proceso de integración europea». A su entender, el Tratado de Lisboa ha consagrado esta dimensión de un modo especial, al recoger las disposiciones generales sobre la ciudadanía de la Unión no sólo en una parte específica del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 18 a 25), sino también en el nuevo Tratado de la Unión Europea, concretamente en el título que contiene las disposiciones relativas a los principios democráticos<sup>41</sup>. De esta manera queda conectada de forma natural la condición ciudadana europea y la función que está llamada a desempeñar.

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión Europea en el último informe dedicado a la ciudadanía de la Unión, al señalar que el Tratado de Lisboa ha «reforzado» la noción de ciudadanía y los derechos correspondientes. Ese fortalecimiento se debe a la integración de la ciudadanía entre las disposiciones relativas a los principios democráticos del art. 9 TUE, y a la consolidación del vínculo entre ciudadanía y democracia en los arts. 10 y 11 TUE<sup>42</sup>.

Y lo cierto es que el Tratado de Lisboa efectúa por vez primera esa conexión formal. Lo que ocurre es que ni está claro que dicha expresión más política que vincula la ciudadanía de la Unión con la realización de la democracia esté hoy día llena de contenido, ni por otra parte es ésa exactamente la expresión surgida en el seno del Tribunal de Justicia al hilo del asunto Grzelczyk.

En el citado asunto Grzelczyk<sup>43</sup> el TJUE señaló que en el ámbito de aplicación del Tratado, el artículo 6 del mismo (actual art. 18 TFUE) prohibía cualquier discriminación por razón de la nacionalidad y debía interpretarse en relación con las disposiciones del tratado sobre la ciudadanía de la Unión, concluyendo al efecto lo siguiente:

La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a

---

<sup>41</sup> Cfr. Dictamen de iniciativa del Comité de las Regiones sobre el tema «Derechos de los ciudadanos: promoción de los derechos fundamentales y de los derechos que emanan de la ciudadanía europea» (2008/C 325/13), C 325/79, apartados 40 y 41.

<sup>42</sup> Cfr. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo, elaborado en aplicación del art. 25 del TFUE sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010 (COM (2010) 602 final), p. 2.

<sup>43</sup> Se trataba del caso de un estudiante francés residente en Bélgica que en un momento dado de su trayectoria solicitó del Estado belga una prestación social no contributiva, prestación que le fue denegada por no tener la nacionalidad del Estado miembro que la concedía.

aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico<sup>44</sup>.

Como decíamos, dicha fórmula adquirió en seguida vida propia y a fuerza de repetirse por unos y por otros, en especial por el mismo Tribunal, se ha convertido en una suerte de mantra<sup>45</sup>. Efectivamente, de forma recurrente el mismo TJUE ha tomado esta expresión como punto de partida de muchas de las sentencias posteriores que abordaban casos vinculados a la ciudadanía europea<sup>46</sup>. Pero como vemos, se trata de una expresión que conecta directamente la vocación del estatuto de ciudadanía con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, y con ninguna cuestión más. Que la ciudadanía de la Unión represente al «sujeto político de la integración» o no lo haga, como indicaba el Comité de las Regiones, será una cuestión distinta.

Desde que el TJUE señalara en 1998 en el asunto Martínez Sala que en su condición de nacional de un Estado miembro (...) la demandante está incluida en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía europea, y que el antiguo art. 8.2 TCE atribuye a la condición de ciudadano europeo los derechos y deberes previstos por el tratado, entre ellos el de no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del tratado previsto por el antiguo art. 6 TCE<sup>47</sup>, quedaba claro que la ciudadanía europea tenía una conexión directa con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Pero a partir del asunto Grzelczyk ¿podría decirse incluso que caminaba de su mano?

### *El lugar de la no discriminación por razón de la nacionalidad*

El TJUE ha ido interpretando el antiguo art. 12 del TCE en el contexto de los derechos del ciudadano europeo descritos en el antiguo art. 8 TCE, a sa-

---

<sup>44</sup> Cfr. asunto Grzelczyk, apartado 31.

<sup>45</sup> En feliz expresión de Jo Shaw, *op. cit.*, p. 12.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo en D'Hoop, apartado 28, Baumbast apartado 82, García Avello apartado 22, Zhu y Chen apartado 25; también en España c. Reino Unido apartado 74, Huber apartado 69, Rottmann apartado 43, Ruiz Zambrano apartado 41, McCarthy apartado 47 y Runevic-Vardyn apartado 60.

<sup>47</sup> Cfr. apartados 61 a 63 del caso Martínez Sala.

ber, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia en igualdad de condiciones, el derecho a la protección diplomática y consular por otro Estado miembro en las mismas condiciones, el derecho a presentar peticiones al Parlamento Europeo, reclamaciones al Defensor del Pueblo Europeo y a comunicarse con las instituciones de la Unión en cualquiera de las lenguas señaladas en el Tratado. En algunos casos esa interpretación conjunta se ha realizado con suma facilidad, por el propio diseño dado por el tratado a alguno de tales derechos como el derecho de sufragio en elecciones europeas o municipales o la protección diplomática en terceros Estados. El Tratado de Lisboa ha unido finalmente, de modo «oficial», el destino de la ciudadanía europea y la no discriminación por razón de la nacionalidad en un capítulo común, la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo TCE), cuya rúbrica se titula «No discriminación y ciudadanía de la Unión»: así, los artículos 18 a 25 del TFUE han agrupado las disposiciones que en textos precedentes recogían, por un lado, el principio de no discriminación, y por el otro el estatuto de ciudadanía europea. Parece claro que en este caso (como en tantos otros) el texto de las normas no hace sino recoger algo que *de facto* estaba ya ocurriendo.

En todo caso, y como veíamos en Grzelczyk, la dimensión más poderosa del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad es la que lo convierte en un *modus operandi*, pues desde esta perspectiva un ciudadano europeo puede reclamar que en un ámbito de la Unión no quepan diferencias basadas en la nacionalidad. El TJUE ha conocido de numerosos supuestos que ponían en jaque a un Estado miembro por incorporar como criterio a la hora de justificar una diferencia de trato la nacionalidad del sujeto<sup>48</sup>.

### *El ámbito de aplicación ratione materiae del Derecho de la Unión*

En primer lugar, aunque puede invocarse dicho principio en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión, la inmensa mayoría de los asuntos en que se ha sus-

---

<sup>48</sup> Si en Martínez Sala la problemática estaba en torno a una prestación por maternidad, en Grzelczyk se trataba de una prestación social no contributiva, en García Avello de una transmisión de apellidos, en Pusa de un embargo de una pensión de invalidez, en Shempp de la tributación de una pensión alimenticia, en Eman y Sevinger del derecho de sufragio en elecciones europeas, en Huber de la protección de datos personales, etc.



citado tenían lugar en el contexto de la libertad de circulación y residencia prevista en el actual art. 21 TFUE<sup>49</sup>.

Una singular excepción es la que dio lugar a la ya citada sentencia del caso *Eman y Sevinger*: en tal asunto, efectivamente, el principio de no discriminación se proyectaba sobre el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo señalado en el antiguo art. 19.2 TCE (actual art. 22 TFUE) y desplegaba sus efectos con particular intensidad habida cuenta de que éste último era considerado finalmente no aplicable por el TJUE, basándose su pronunciamiento en el genérico principio de igualdad de trato y no discriminación perteneciente a los principios generales del Derecho de la Unión que todo Estado miembro debe respetar<sup>50</sup>.

### *¿Un mismo trato jurídico?*

En segundo lugar, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad implica, según el Tribunal en el asunto *Grzelczyk*, que todos los sujetos reciban el mismo trato jurídico independientemente de su nacionalidad. Tres cuestiones nos llevan a detenernos aquí:

1) ¿Qué ocurre cuando el trato «no menos favorable» se compara con el de quienes no han hecho uso de la libertad de circulación? La medida diferenciadora puede ser puesta en práctica por el Estado miembro del que

---

<sup>49</sup> En este sentido, STJUE en el asunto *Martínez Sala*, apartado 33.

<sup>50</sup> El citado asunto contempla el caso de dos nacionales holandeses, domiciliados en Aruba, que ven denegado su derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo porque Aruba no es territorio holandés de cara a la aplicación del TCE, sino un territorio sometido únicamente a un régimen especial de asociación. Desde esta perspectiva, el derecho de voto de los ciudadanos europeos que no residan en el territorio al que se aplica la normativa comunitaria no puede basarse en el art. 19.2 TCE que «pretende únicamente garantizar que los ciudadanos de la Unión que residen en otro Estado miembro gocen del derecho de voto en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro» (apartados 35 y 53) sino que deberá encontrar fundamento en lo previsto por la normativa nacional. A estos efectos el art. 3 del Protocolo n.º1 del CEDH no se opone a que los Estados adopten el criterio de residencia para restringir el ámbito de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo (tal y como se establece en la STEDH de 19 de octubre de 2004, *Melnichenko contra Ucrania*, apartado 56) siempre que dicho criterio se adopte respetando los principios generales del Derecho de la Unión, entre los cuales se encuentra el de igualdad de trato o no discriminación: en tal sentido, una normativa como la cuestionada que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo a cualquier ciudadano holandés residente en un tercer Estado, pero no lo hace a los ciudadanos holandeses residentes en un territorio como Aruba vulnera dicho principio de igualdad de trato y no discriminación (apartados 56 a 61).

es nacional el sujeto que, sin embargo, reside en otro Estado miembro<sup>51</sup>, o por el Estado miembro de residencia respecto de sus propios nacionales<sup>52</sup>; en ambos casos sería incompatible con la libertad de circulación y residencia que pudiera aplicarse al sujeto un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de dicha libertad de circulación pues ello disuadiría al ciudadano de ejercer tales libertades. Pero ¿qué ocurre cuando comparamos con la situación de quienes no se han desplazado? En muchas ocasiones la comparación resulta realmente odiosa, hablándose incluso de «discriminación inversa» y poniendo así en tela de juicio el entendimiento entre ciudadanía europea y no discriminación<sup>53</sup>. Efectivamente, esta construcción ha puesto contra las cuerdas la noción de asunto puramente interno a la que necesariamente tenía que acudir cualquier Estado que quisiera escapar a las exigencias del principio de no discriminación (en la medida en que un asunto no pertenece al ámbito de aplicación del tratado *ratione materiae*, sólo los Estados tienen la competencia para decidir al respecto), pero el TJUE ha interpretado los asuntos puramente internos de forma muy restrictiva<sup>54</sup>, favoreciendo así la afirmación de la libertad de circulación y... el agravio comparativo: quienes permanecen en el territorio se ven sujetos a una normativa netamente menos beneficiosa. Estamos ante un asunto delicado y que plantea desafíos aún por abordar<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Así en D'Hoop apartado 31, Schwarz apartado 89, Tas y Tas-Hagen apartado 19 o Morgan apartado 22.

<sup>52</sup> Así en Grzelczyk apartado 32 o Baumbast apartado 75.

<sup>53</sup> Véanse en tal sentido, Shaw, Jo, *op. cit.*, p.18 e Iglesias, Sara, El asunto *Ruiz Zambrano*: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, 2011, p. 12ss.

<sup>54</sup> El TJUE señaló en el ya citado asunto *García Avello* que la ciudadanía europea no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho de la Unión (apdo.26). Véanse igualmente después *Zhu y Chen*, apartado 18, *Shempp* apartado 20 o *Tas-Hagen* apdos. 23 y 28. Un ejemplo contradictorio lo encontramos en el ATJUE de 26 de marzo de 2009, asunto *Pignataro*: si bien el TJUE excluye parte del asunto, entra a conocer del resto considerándose competente cuando el asunto sale fuera completamente del ámbito comunitario al tratar sobre los requisitos para ser candidatos en elecciones de tipo regional. Como veremos más adelante, en los asuntos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy* el Tribunal pone los puntos sobre las íes en cuanto a la existencia de puntos de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión (*Ruiz Zambrano*, apartados 37 a 43 y *McCarthy*, apartados 45, 46, 49, 54 y 55).

<sup>55</sup> La Abogado General Sharpston en sus Conclusiones al asunto *Ruiz Zambrano* así lo hará ver, sugiriendo en particular una propuesta para luchar contra los casos de discrimi-

2) El alcance de esa igualdad de trato a la que se refería lacónicamente el Tribunal en *Grzelczyk*, está limitado territorialmente a un Estado miembro concreto, y no a la totalidad del territorio europeo<sup>56</sup>. En varias ocasiones esta cuestión se ha proyectado sobre asuntos fiscales/tributarios, como en los casos *Schempp* y *Schwarz* y *Gootjes-Schwarz*<sup>57</sup> aun con resultados diversos, pero también es posible encontrarlo en otros ámbitos como en un caso sobre derechos lingüísticos en procesos penales, el asunto *Bickel* y *Franz*<sup>58</sup>. Si la prohibición no supera la frontera de un Estado ¿cómo entender a veces declaraciones como la del Parlamento Europeo señalando que «el concepto de ciudadanía de la Unión incluye el principio de no discriminación de ningún ciudadano de la Unión, y no sólo de ningún ciudadano de un Estado miembro particular» e instando a la Comisión a que «prosiga su análisis de la situación de los inmigrantes intracomunitarios y adopte las medidas adecuadas para asegurar que gozan efectivamente de sus derechos como ciudadanos de la Unión»<sup>59</sup>? Esa limitación territorial es difícilmente comprensible por el individuo de a pié que parece esperar bajo un «título común» (ser ciudadano europeo) un mismo contenido, o al menos un contenido razonablemente similar.

3) Finalmente, el antiguo art. 12 TCE se proyecta sobre la situación de ciudadanos europeos nacionales en comparación con ciudadanos no nacio-

---

minación inversa en el ámbito de la ciudadanía europea. Cfr. Conclusiones asunto *Ruiz Zambrano*, apartados 123 y ss.

<sup>56</sup> El antiguo art. 12 TCE «no comprende las eventuales disparidades de trato que puedan derivarse, para las personas y empresas sujetas al Derecho de la Unión, de las divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, siempre que tales legislaciones se apliquen a todas las personas sometidas a ellas con arreglo a criterios objetivos y no por razón de la nacionalidad». STJUE de 12 de julio de 2005, asunto *Schempp*, apartado 34.

<sup>57</sup> En el asunto *Schempp* (STJUE de 12 de julio de 2005) se aborda el caso de una normativa nacional en virtud de la cual un sujeto pasivo residente en Alemania no puede deducir de su base imponible en ese Estado miembro la pensión alimenticia que paga a su ex mujer, pues ésta reside en otro Estado miembro en el que dicha pensión no está sujeta a tributación. El asunto *Schwarz* y *Gootjes-Schwarz* (STJUE de 11 de septiembre de 2007) contempla el caso de una normativa fiscal que establece una deducción fiscal por escolaridad en centros privados nacionales y no en centros privados de otros Estados.

<sup>58</sup> El asunto *Bickel* y *Franz* (STJUE de 24 de noviembre de 1998) aborda el caso de una normativa italiana que confiere el derecho a que el proceso penal se sustancie en una zona de su territorio en una lengua (alemana) distinta de la lengua principal del Estado.

<sup>59</sup> Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre problemas y perspectivas de la ciudadanía europea (2008/2234(INI)), 2010/C 147 E/03, p. 18.

nales, pero no respecto de ciudadanos de terceros Estados; el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad no tiene en los ciudadanos extranjeros su término de referencia<sup>60</sup>.

### *Un maridaje ¿deseado?*

Si fuera posible hacer una comparación culinaria, ¿podríamos hablar de maridaje entre ciudadanía europea y no discriminación por razón de la nacionalidad? De ser así ¿es ésa realmente la «vocación» de la ciudadanía europea?; y si lo es ¿tiene sentido que así sea? Nos preguntamos en el fondo si queremos una ciudadanía cuya razón de ser sea quitar los obstáculos que la nacionalidad puede presentar a quienes atraviesan las fronteras nacionales, pues si la vocación deseada es lograr que quienes se encuentran en la misma situación puedan obtener el mismo trato jurídico ¿qué aportan los artículos referidos a la ciudadanía de la Unión? ¿Podrían incluso desaparecer, y las consecuencias serían las mismas?

No cabe duda de que el diseño inicial ofrecido por el Tratado de Maastricht apuntaba en buena parte en tal sentido: una ciudadanía principalmente transfronteriza. De todos los derechos consagrados en el citado tratado, los «exclusivos» de los ciudadanos europeos sólo contemplaban una regla de no discriminación por razón de la nacionalidad: así desde luego los derechos electorales al Parlamento Europeo y en elecciones municipales (actual art. 22 TFUE) y el derecho a la protección diplomática en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que se es nacional (actual art. 23 TFUE). Por su parte, la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros quedaba consagrada como derecho de los ciudadanos europeos si bien derivaba como es bien sabido de una de las clásicas libertades comunitarias. Tenía la virtualidad de desplazar la vertiente más económica de los sujetos en sus desplazamientos por otros Estados Miembros, convirtiéndose así en el «denominador común de los ciudadanos activos y no activos»<sup>61</sup>, y se contemplaba (como recoge el actual art. 21 TFUE) «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación»;

<sup>60</sup> En el asunto *Vatsouras y Koupatantze* (STJUE de 4 de junio de 2009, apartado 52) el TJUE considera que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que excluye del disfrute de una prestación de asistencia social a los ciudadanos europeos, pero no a ciudadanos de terceros Estados.

<sup>61</sup> Así en las Conclusiones del Abogado General al asunto *Baumbast*, apartado 105.

hay que decir que el Tribunal de Justicia, como hemos visto, conectó con naturalidad desde el principio esta libertad de circulación y residencia con la no discriminación por razón de la nacionalidad.

Los restantes derechos contemplados en el texto del tratado (actual art. 24 TFUE) eran derechos más «fuertes» por cuanto expresaban una conexión directa entre el ciudadano europeo y la propia Unión Europea (lo que en un trabajo ya clásico Paul Mignette denominaba «dimensión vertical» de la ciudadanía, en contraposición con la «dimensión horizontal»<sup>62</sup>), un vínculo inmediato al que se dotaba de contenido más allá del puro eliminar obstáculos por razón de la nacionalidad previsto en los otros casos. Sin embargo eran, al tiempo, derechos más «débiles» por cuanto no eran exclusivos de los ciudadanos europeos sino reconocidos igualmente a cualesquiera otros sujetos sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro (cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro) como reconocen los actuales arts. 227, 228 TFUE. Esa no exclusividad diluía el vínculo que pretendía establecerse, y en tal sentido se hablaba de «debilidad». Volveré sobre ello al final.

El paso de los años no ha hecho sino aumentar esa impresión. Las instituciones de la Unión parecen dar por descontado en muchas ocasiones que la (mejor) vocación de la ciudadanía europea es caminar de la mano de la no discriminación por razón de la nacionalidad<sup>63</sup>. En su día señalaba esta circunstancia al describir la orientación que dichas instituciones estaban dando a las disposiciones sobre la ciudadanía europea<sup>64</sup>. Así, ser ciudadano europeo se ha identificado durante mucho tiempo con ser ciudadano «más allá de la frontera nacional» sin implicar demasiado ningún vínculo particular o sustantivo con el ordenamiento de la Unión<sup>65</sup>. ¿Estamos, efectivamente,

---

<sup>62</sup> Cfr. Mignette, Paul, *La citoyenneté européenne*, Institut d'Etudes européennes, Université de Bruxelles, 1999, p. 227 y ss.

<sup>63</sup> No es posible deducir otra cosa de algunos informes de la Comisión que parecen desposeer a la ciudadanía europea de cualquier significado más político para identificarlo con un vago concepto colectivo de individuos europeos que se relacionan con la Unión por distintos motivos.

<sup>64</sup> Cfr. Fraile Ortiz, María, *op. cit.*, p. 358 y ss.

<sup>65</sup> La condición de ciudadano europeo parece construirse en relación con una Europa-Administración cuyos ciudadanos serían así administrados europeos que se dirigen al poder público europeo con la pretensión de resolver sus problemas transfronterizos. Véanse algunos ejemplos en el último Informe de la Comisión sobre la Ciudadanía de la UE del año 2010: según el texto del mismo la Comisión reivindica que «los ciudadanos deberían

ante un concepto de Europa como una Gran Administración que busca ser eficiente? ¿Un concepto de ciudadanos transnacionales que sólo apelan a su condición de ciudadanos europeos cuando pretenden conseguir con ello mejorar su situación personal?<sup>66</sup>. No hay que descartar que lo que esté por debajo sea sencillamente la conciencia de que lo político, lo más participativo, sólo puede ser apreciado cuando lo más cotidiano está resuelto, pero los interrogantes no se despejan en todo caso con facilidad. Para empezar, la incorporación de los preceptos sobre no discriminación al capítulo sobre ciudadanía de la Unión en el Tratado de Lisboa no hacen sino apuntar en aquella dirección.

Podría objetarse que el mismo Tratado de Lisboa ha incorporado medidas de sentido muy diverso, entre las que se encontraría sin duda la nueva «Iniciativa ciudadana europea» que ha venido a sumarse (siguiendo una extraña técnica) a lo previsto en el actual art. 24 TFUE sobre derecho de petición, acceso al Defensor del Pueblo Europeo y comunicación con las instituciones de la Unión en cualquiera de las lenguas oficiales. ¿Puede la llamada «iniciativa ciudadana europea» romper entonces esa impresión? ¿Es capaz de apuntalar la dimensión más política que la ciudadanía podría estar llamada a desempeñar? Aún es demasiado pronto para saberlo.

#### *Luxemburgo: ... algo se mueve*

A vista de pájaro, sin embargo, es necesario volver a Luxemburgo. La jurisprudencia más reciente del TJUE invita a la reflexión y es preciso hacerlo. Algún informe de las instituciones también apunta a que algo se mueve.

No se trata ahora de profundizar demasiado en algo que constituye casi un lugar común en las reflexiones sobre no discriminación por razón de la nacionalidad y libertad de circulación y residencia<sup>67</sup>: la jurisprudencia del TJUE ha contribuido a la expansión de ambos de la mano de la ciudadanía

---

disfrutar en otros Estados miembros del mismo acceso a la justicia civil y penal de que disfrutan en su propio país» (p. 6) o que «los ciudadanos que caen enfermos o resultan heridos mientras viajan por motivos de negocios o vacaciones o durante la estancia por estudios en otro Estado miembro, tienen el mismo derecho a la atención sanitaria que los nacionales de ese Estado miembro» (p. 9), o bien que «la embajada o el consulado del Estado miembro debe tratarlos de la misma manera en que trataría a sus propios nacionales». Cfr. el Informe sobre la Ciudadanía de la Unión Europea 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea (COM(2010) 602 y 605 final), p. 11.

<sup>66</sup> En este último sentido, Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 19.

<sup>67</sup> Entre otros, Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 10-14 y Sarmiento, Daniel, *op. cit.*, p. 220.

europea. Son muchas las sentencias dictadas a partir de cuestiones prejudiciales que así lo demuestran, muy en particular entre los años 2001 y 2008. En el asunto Kaur citado al comienzo las cuestiones suscitadas por el órgano judicial remitente apuntaban ya los elementos más importantes de la reflexión, si bien quedaron sin respuesta al estar condicionadas a la resolución de la primera de ellas, en sentido desestimatorio<sup>68</sup>; en D’Hoop el Tribunal viene a advertir que las disposiciones sobre la ciudadanía europea son aplicables desde su entrada en vigor y se proyectan también sobre los efectos actuales de situaciones nacidas con anterioridad<sup>69</sup>; y en Baumbast el Tribunal va finalmente a consagrar algo defendido ya en las Conclusiones de algunos asuntos anteriores<sup>70</sup>: que la libertad de circulación y residencia es un precepto con efecto directo<sup>71</sup>. Muchos casos posteriores asumen dicho principio de forma implícita al referir que el precepto en cuestión reconoce el derecho al ciudadano «directamente», o bien que éste puede «invocar» ante los tribunales esta disposición<sup>72</sup>. Por otro lado, el Tribunal recuerda que el art. 18 TCE funciona como regla general a la que acudir cuando no es de aplicación otra más específica<sup>73</sup>.

El reconocimiento del efecto directo del actual art. 21 TFUE fue sin duda un paso decisivo<sup>74</sup>. Pero más allá de todo ello, es decir, al margen de esa

<sup>68</sup> Cfr. asunto Kaur, apartados 15 y 28.

<sup>69</sup> Cfr. asunto D’Hoop, apartado 25.

<sup>70</sup> El Abogado General La Pergola en las conclusiones del asunto Martínez Sala en el año 1998, y el Abogado General Cosmas en el asunto Wijzenbeek en el año 1999. Cfr. las Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto Baumbast, apartados 48 y ss, 101 y ss.

<sup>71</sup> «Si bien antes de la entrada en vigor del TUE (...) el derecho de residencia estaba sujeto al requisito de que se ejerza una actividad económica (...), desde entonces se ha introducido el estatuto de ciudadano de la Unión en el TCE y (...) se ha reconocido a todo ciudadano el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (...) por una disposición clara y precisa del Tratado» lo que permite al ciudadano invocar su derecho ante los tribunales. Cfr. asunto Baumbast, apartados 81-86, siguiendo el sentido de las Conclusiones del Abogado General Geelhoed, apartados 103 ss. En igual sentido en el asunto Zhu y Chen, apartado 26.

<sup>72</sup> Así De Cuyper, apartado 36 o Shempp, apartado 41. También en Metock apartado 82. Y naturalmente en McCarthy apdos. 28 y 48.

<sup>73</sup> Véase STJUE asunto Schwarz y Gootjes-Schwarz, apartados 34, 35 y 99.

<sup>74</sup> Jo Shaw llama la atención sobre el entusiasmo con el que el TJUE acogió las posibilidades abiertas por el concepto de ciudadanía europea para empujar su jurisprudencia hacia horizontes a los que no hubiera llegado si fueran casos de pura libertad de circulación o no discriminación por razón de la nacionalidad. Pues aunque antes del Tratado de Maastricht

utilización más que simbólica de la ciudadanía europea para expandir el ámbito de la libertad de circulación y residencia y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad... ¿hay algo nuevo? O dicho de otro modo ¿discurre la ciudadanía europea en alguna dirección... sin moverse de casa?

La más reciente jurisprudencia del TJUE contiene indicios prometedores. Sin olvidar el asunto Rottmann de 2 de marzo de 2010, y al que ya nos referimos en otro capítulo de este trabajo, hablamos ahora naturalmente de las sentencias Ruiz Zambrano y McCarthy de 2011, citadas ya en alguna ocasión.

### *El Sr. Ruiz Zambrano ¿el fin de la ciudadanía transfronteriza?*

El asunto Ruiz Zambrano narra el rocambolesco caso de un matrimonio colombiano que tras entrar con un visado en Bélgica ve denegada su solicitud de asilo político en dicho país. A partir de ese momento se suceden dos «vidas paralelas» a lo largo de casi diez años, una la que podríamos llamar legal-administrativa y otra la real<sup>75</sup>. Cuando la primera parece imponerse a la segunda, un tribunal belga se dirige a Luxemburgo y le plantea tres cuestiones prejudiciales: ¿tiene el ciudadano europeo, por el hecho de serlo, un derecho a residir en el territorio independiente de que haya ejercitado previamente la libertad de circulación? Habida cuenta de la corta edad del ciudadano europeo ¿ello comporta un derecho a residir de igual manera para sus ascendientes? ¿y un derecho a obtener un permiso de trabajo para éstos?

---

el Tribunal buscaba cómo interpretar al límite el Derecho de la Unión cuando se encontraba con las categorías «marginales» (estudiantes, niños, desocupados), «en la era de la ciudadanía de la Unión» puede dar más peso a sus conclusiones invocando tal concepto cuando se enfrenta a esas categorías. Cfr. Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 11.

<sup>75</sup> La legal-administrativa les impide reiteradamente permanecer en Bélgica; la real les impide volver a Colombia por la situación de guerra civil existente (situación que había supuesto en un momento dado incluso el secuestro de un hijo durante una semana). Mientras se suceden las distintas vías de recurso frente a las resoluciones administrativas desestimatorias de las peticiones del matrimonio Ruiz Zambrano, nace un segundo hijo que adquiere la nacionalidad belga y no la colombiana. Y dos años después un tercer hijo. Durante ese tiempo el Sr. Ruiz Zambrano había aprendido francés, escolarizado a sus hijos y contaba con recursos suficientes para su mantenimiento al encontrarse trabajando pese a carecer de permiso de trabajo. Ello le lleva a solicitar de nuevo —sin éxito— la regularización de su estancia. Ante el tribunal de trabajo el Sr. Ruiz Zambrano alega finalmente varias vulneraciones del CEDH (el art. 8 y el art. 3.1 del Protocolo 4.º de dicho CEDH) así como la vulneración de la normativa comunitaria, en particular el derecho de residencia «derivado» previsto en el TCE una vez interpretado a partir de la doctrina Zhu y Chen del año 2004.



La respuesta conjunta del TJUE puede sintetizarse del modo siguiente: el Tribunal reconoce 1) un derecho de residencia al ciudadano europeo en el territorio del cual el ciudadano es nacional, al margen de que haya ejercitado o no la libertad de circulación; 2) el derecho de residencia de sus ascendientes aunque no sean ciudadanos europeos, cuando de ellos dependan los ciudadanos por ser menores de edad, como consecuencia de la necesidad de que tenga efecto útil el derecho de residencia del ciudadano menor de edad (hasta aquí la doctrina Zhu y Chen); ello aun cuando el menor de edad —y por tanto sus ascendientes— no hayan ejercitado su libertad de circulación y siempre que cumplan con la condición de disponer de recursos suficientes y seguro de enfermedad; y 3) la dispensa de permiso de trabajo a dichos ascendientes, con la misma finalidad de dotar de efecto útil al derecho de residencia del ciudadano europeo menor de edad a su cargo.

Para contestar a la primera cuestión, la que ahora nos interesa, el Tribunal, con sencillez (pasmosa)<sup>76</sup>, establece como si se tratara de un silogismo: el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro (primera proposición); tener la nacionalidad o no tenerla es competencia de los Estados (segunda proposición); quien tiene la nacionalidad tiene derecho al estatuto «de manera incontestable» (tercera proposición). Esta última proposición es la que permitirá al Tribunal llegar más lejos, llevar el estatuto a sus últimas consecuencias; pero para hacerlo el Tribunal deberá volver antes a la «vocación» del estatuto, esa especie de letanía sobre «convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros» (apartado 41) a la que estamos dedicando estas páginas. El Tribunal vuelve a afirmar dicha vocación... sin mencionar en esta ocasión la segunda parte, la que ligaba la suerte del estatuto con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Y aunque esto no es nuevo sí es la primera vez en la que el Tribunal parece querer sacar otras consecuencias; y aquí es donde encontramos un salto histórico, un golpe de timón (confirmado tres meses después a raíz del asunto McCarthy): si el silogismo es el que veíamos, y la vocación la señalada, entonces *el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo*

---

<sup>76</sup> Inversamente proporcional, todo hay que decir, a las prolijas conclusiones de la Abogado General Sharpston que elabora una respuesta metódica y minuciosa, casi académica, tal vez en homenaje póstumo a Dámaso Ruiz-Jarabo a quien sustituye tras su repentina muerte en noviembre de 2009.

*de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión* (apartado 42). A partir de este momento, el Tribunal no puede sino conceder al Sr. Ruiz Zambrano todo lo que pide (permiso de residencia permanente y dispensa de permiso de trabajo), pues siendo sus hijos —belgas y por ello ciudadanos europeos— menores de edad, el efectivo disfrute de su estatuto (de ellos) depende de que sus padres puedan tener regularizada su situación en el país.

Varias cuestiones merecen atención. La primera de ellas es la que se refiere a la contestada tesis del Sr. Ruiz Zambrano: la invocación de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión por parte de sus hijos no presupone necesariamente un desplazamiento de estos fuera del Estado miembro en cuestión, pues si bien es cierto que la Directiva 2004/38 sobre libertad de circulación y residencia no era de aplicación al caso, al no haber trasladado los ciudadanos de la Unión su residencia a otro Estado miembro, ello no excluía la aplicación del Derecho de la Unión. La polémica como tal no estaba en sí en esa afirmación sino en sus consecuencias prácticas: el efecto útil de la doctrina aludida repercutía sobre los ascendientes —nacionales de terceros Estados— de los ciudadanos de la Unión —dos menores de corta edad— y hacía que éstos tuvieran derecho de residencia permanente en el Estado miembro y dispensa de permiso de trabajo. El «no» de los Estados era, en definitiva, un «no» al eventual «efecto llamada» a tener hijos en el territorio de la Unión para regularizar a sus padres.

Por otro lado, si con Baumbast el Tribunal afirmaba de forma incontestable el efecto directo del precepto que contiene la libertad de circulación y residencia, el art. 21 TFUE, con Ruiz Zambrano lo «incontestable» es la proyección de dicho efecto directo sobre situaciones hipotéticas pero recogidas en estado potencial en el texto del art. 20 TFUE. Efectivamente, está diciendo el Tribunal, desde el momento en el que el art. 20 TFUE reconoce un derecho al estatuto está reconociendo un derecho a lo que dicho estatuto posibilita. De otra manera, el estatuto resultaría algo irrisorio e irrisoria sería también la proclamada vocación de la ciudadanía europea de convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Si hasta la fecha habíamos cuestionado el verdadero alcance llamado a desempeñar por dicha afirmación del Tribunal de Justicia, es preciso reconocer ahora que el Tribunal parece decidido a sacarle todo el partido.

Lo interesante de este aspecto del caso Ruiz Zambrano es que... no parece un error de cálculo del Tribunal ni un ejercicio desmesurado de gene-

rosidad interpretativa: muestra una dirección que parece querer seguirse en el futuro como demuestra el asunto McCarthy al que nos referíamos antes, si bien en este caso el resultado es bien distinto<sup>77</sup>. Cuestionado el Tribunal por el órgano judicial británico conociendo del citado asunto, éste señala lo siguiente: 1) Si bien es cierto que las normas sobre libertad de circulación no pueden aplicarse a situaciones que no presenten ningún punto de conexión con el Derecho de la Unión —puramente internas—, 2) el mero hecho de no haber ejercitado la libertad de circulación no convierte la situación en puramente interna (así Schempp, y sobre todo Ruiz Zambrano) porque 3) aunque la vocación del estatuto de ciudadano europeo es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y el art. 20 TFUE se opone a medidas que «puedan» («tengan por efecto») privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por ese estatuto (Ruiz-Zambrano) u obstaculizar injustificadamente su ejercicio (García Avello), 4) nada en el caso indica que la medida objeto del litigio (la falta de reconocimiento por las autoridades británicas de la nacionalidad irlandesa a efectos de reconocerle un derecho de residencia en el Reino Unido) «pueda» privar a la Sra. McCarthy del disfrute efectivo de la esencia de los derechos de la ciudadanía de la Unión incluido el de circular y residir libremente por el territorio de los Estados miembros pero también de cualquier otro derecho de la ciudadanía europea. El asunto McCarthy ponía así en bandeja al Tribunal una ocasión para demostrar que el caso Ruiz Zambrano podía suponer un cambio de rumbo pero no un «perder el norte». El Tribunal parece saber adónde va.

En el mismo orden de cosas, resulta muy interesante la referencia en el asunto Ruiz Zambrano al «disfrute efectivo de la esencia de los derechos», un concepto de netas connotaciones constitucionales.<sup>78</sup> El Tribunal de Jus-

---

<sup>77</sup> En esta nueva sentencia del mes de mayo de 2011 el Tribunal se enfrenta al caso de una ciudadana con doble nacionalidad comunitaria (británica e irlandesa) que ha vivido siempre en el Reino Unido, se casa con un ciudadano jamaicano sin permiso de residencia en dicho país y piden el citado permiso de conformidad con el Derecho de la Unión en calidad de ciudadana de la Unión —irlandesa— y de su cónyuge residentes ambos en el Reino Unido. Dicho permiso es denegado.

<sup>78</sup> Efectivamente el Tribunal evoca, con su expresión, el concepto de contenido esencial de un derecho, ese llamado núcleo duro del mismo cuyo respeto debe quedar garantizado en todo momento; el límite de los límites. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por su parte, lo ha incorporado ya a su lenguaje en el art. 52.1, si bien no se trata de una expresión del todo nueva. Enfrentado a cuestiones relacionadas con la

ticia dice que el Derecho de la Unión se opone a cualquier medida nacional «que tenga por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos»; si conectamos esto con lo anterior resulta «esencial» al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros la mera posibilidad de hacerlo, y por tanto una hipótesis<sup>79</sup>. De esta manera, para que el ciudadano europeo pueda invocar el estatuto de ciudadanía no tiene necesariamente que haberse desplazado, pues la «esencia» de su derecho es algo más que el puro ejercicio del mismo.

### *Extrapolaciones y autonomía*

El eco de los pronunciamientos del Tribunal en los asuntos Ruiz Zambrano y McCarthy no ha salido por el momento del concreto espacio de la libertad de circulación y residencia. Pero ¿podría hacerlo? ¿sería su doctrina extrapolable a otros derechos del estatuto?

Sin duda un campo muy interesante a esos efectos es el derecho de sufragio: si, según Ruiz Zambrano, el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión; y según McCarthy el citado precepto también se opone a medidas nacionales que tengan por efecto obstaculizar el ejercicio de su derecho, ¿qué diría el Tribunal ante un caso en el que tuviera que confrontar la normativa de la Unión sobre derecho de sufragio con los obstáculos derivados de no pocas normativas nacionales que dificultan o impiden que ciudadanos europeos que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro puedan formar parte de partidos políticos existentes, crear otros, etc?<sup>80</sup> ¿No estaríamos ante me-

---

limitación de los derechos, el Tribunal acudía al mismo concepto con anterioridad: afectar o no a la «esencia misma de dichos derechos», a su «substancia» (así, por ejemplo, STJCE de 13 de julio de 1989, asunto Wachauf, apartado 18 y STJCE de 13 de abril de 2000, asunto Karlsson, apartado 45). Por su parte, en 2003 el Abogado General del asunto Baumbast citado se refiere igualmente a la esencia del derecho a la libre circulación. Cfr. Conclusiones Abogado General Geelhoed, asunto Baumbast, apartado 52.

<sup>79</sup> No deja de resultar llamativo que los Estados puedan —como hicieron— llevarse las manos a la cabeza por un pronunciamiento del Tribunal que valora los efectos hipotéticos de la normativa cuestionada, cuando ellos mismos están valorando al hacerlo un riesgo igualmente hipotético.

<sup>80</sup> Según el último Informe de la Comisión sobre la Ciudadanía de la Unión, algunos Estados Miembros únicamente reconocen a sus propios nacionales el derecho a afiliarse a partidos políticos o a fundar un partido. Eso obliga en la práctica a quienes quieren presentarse a las elecciones a que lo hagan como independientes o como candidatos presentados

didas nacionales que tienen por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión? La cuestión no es menor; estamos hablando de medidas adoptadas por más de la tercera parte de los Estados miembros.

En todo caso, y volviendo al comienzo de este capítulo, ¿supone, al fin, el asunto Ruiz Zambrano una apuesta del Tribunal por dotar al concepto de autonomía *fronteriza*? ¿Permitirá realmente que la ciudadanía europea adquiera un significado autónomo, ajeno a los avatares no sólo de la libertad de circulación y residencia sino también de la no discriminación por razón de la nacionalidad?

Esta cuestión no puede hacernos olvidar en ningún caso que la ciudadanía de la Unión no se construye (sólo) a golpe de pronunciamientos. Por más que el Tribunal haya contribuido de forma notable sobre todo últimamente a apuntalar el vínculo, a hacerlo más poderoso conceptualmente, en el más genérico plano institucional puede apreciarse desde el principio «una mayor reticencia a aprovechar el simbolismo político de la ciudadanía de la Unión para algo más que no sea ser un puro instrumento de retórica política»<sup>81</sup>. Recordemos la vinculación formal que se produce en el Tratado de Lisboa entre ciudadanía europea y democracia (arts. 10 y 11 TUE) y que tantos aplausos recibió de las mismas instituciones<sup>82</sup>; más allá de la «formalidad» ¿supone algo? ¿es puramente simbólico? Lo simbólico suele ser gratis, pero paradójicamente una utilización indebida de lo simbólico puede salir cara.

Algunos avances recientes pueden sin embargo ser indicativos de que algo «se mueve», incluso a nivel institucional. Como muestra, un botón: en

---

por organizaciones distintas de los partidos políticos; lo que sin duda significa que las condiciones para el ejercicio de este derecho no son las mismas para los no nacionales que para los nacionales. En la República Checa, Lituania y Polonia los ciudadanos de la Unión no tienen derecho ni de fundar partidos políticos ni de afiliarse a partidos existentes. En Bulgaria, España, Eslovaquia, Grecia y Letonia, sí pueden afiliarse pero no fundar partidos políticos. En Alemania y Finlandia sí pueden fundar partidos políticos pero siempre que lo hagan en asociación con nacionales de estos dos Estados miembros. Actualmente la Comisión está examinando todos los casos mencionados. Cfr. Informe sobre la Ciudadanía de la Unión 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea COM(2010) 603 final, p. 21, y el Informe relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo y a la participación de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia, COM(2010) 605 final, p. 9-10.

<sup>81</sup> Cfr. Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 19.

<sup>82</sup> Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, *op.cit.*, p.3.

este caso un informe de la Comisión (publicado quince días después de la sentencia en el asunto Ruiz Zambrano) haciendo balance sobre el derecho a la protección diplomática y consular del art. 23 TFUE<sup>83</sup>.

En primer lugar la Comisión destaca que el precepto, levemente modificado por el Tratado de Lisboa, supone un «nuevo marco jurídico» desde el punto de vista de su operatividad, tanto en lo que se refiere a la adopción de medidas por los Estados miembros como en lo relativo al papel de los terceros Estados<sup>84</sup>. Lo más importante está, sin embargo, en lo que «no ha cambiado» del texto y en que la nueva lectura dada al mismo parte de manera directa de la Comisión y no del Tribunal de Justicia.

Desde el punto de vista material, el texto dice exactamente lo mismo que decía en la redacción de 1992, a saber, que «todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado»<sup>85</sup>. La Comisión, sorprendentemente, 1) afirma que el precepto «confiere un derecho individual claro a los ciudadanos», entendiendo por «claro» lo previsto

---

<sup>83</sup> Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura, 23 de marzo de 2011 (COM(2011) 149 final).

<sup>84</sup> El nuevo art. 23 TFUE ya no exige que los Estados miembros adopten *entre sí* las disposiciones necesarias para su puesta en marcha (como la Decisión 95/553/CE relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares —DO L 314, de 28 de diciembre de 1995, p. 73— o la Decisión 96/409/PESC relativa al establecimiento de un documento provisional de viaje —DO L 168 de 16 de julio de 1996, p.4—, ambos documentos de escasa entidad), sino simplemente que cada Estado miembro las adopte individualmente, abandonando así la lógica de toma de decisiones intergubernamentales *sui generis*. Desde este punto de vista podríamos estar más cerca de un sistema capaz de funcionar. Por otro lado, se está concretando un modo complicado, pero no imposible (como podría esperarse de la anterior normativa), de requerir el consentimiento del Estado de recepción, a saber una notificación unilateral dirigida al tercer país. Aunque la misma Comisión señala que esa notificación la deberían realizar los veintisiete Estados, la previsión —actualmente en negociación— de que se haga mediante una «cláusula de consentimiento» abierta en los futuros acuerdos bilaterales que se firmen con los terceros Estados, podría simplificar las cosas. Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 5.

<sup>85</sup> No olvidemos que aún hoy el conjunto de los veintisiete Estados miembros solo está representado en tres países: Estados Unidos, China y Rusia. Cfr. Informe sobre la Ciudadanía de la Unión 2010. La eliminación (...) *op. cit.*, p. 11.

en asuntos como Lütticke y, sobre todo, Van Gend & Loos<sup>86</sup>, y 2) deduce consecuencias hasta ahora sólo equiparables a las que ha ido desgranando en su jurisprudencia el Tribunal. Lo extraordinario... es que no hay caso alguno detrás; se trata de la interpretación que la Comisión realiza a la luz de la lectura que el TJUE ha dado a otros preceptos del mismo estatuto»<sup>87</sup> y a la luz de la vocación de la ciudadanía europea de constituir el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros<sup>88</sup>.

Tales consecuencias son las siguientes: el derecho a la igualdad de trato en la protección consular está sometido a control jurisdiccional, lo que supone que aquel ciudadano de la Unión no representado tenga derecho a que su solicitud de protección consular se tenga en cuenta debidamente y toda decisión de denegación pueda ser objeto de un recurso judicial capaz incluso de generar, llegado el caso, responsabilidad del Estado. Es sin duda muy relevante que la Comisión señale que «los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar el art. 23 del TFUE al igual que cualquier otra disposición del Derecho de la Unión», consecuencia directa de que el derecho que se desprende de la redacción de los arts. 20.2c) TFUE, 23 TFUE y 46 CDDFFUE es un «derecho individual claro», es decir, un derecho con efecto directo en Derecho interno que puede ser invocado por los nacionales de los Estados miembros ante los tribunales y el juez nacional debe proteger<sup>89</sup>.

Habrá que ver la virtualidad del precepto pues quedan aún demasiados pasos por concretar<sup>90</sup>, pero lo cierto es que hasta ahora ninguna institución había sacado consecuencia relevante alguna del derecho a la igualdad de trato en materia consular y ninguna institución distinta del Tribunal de Jus-

<sup>86</sup> Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 5.

<sup>87</sup> Dice muy significativamente «las disposiciones que figuran en la Segunda Parte del TFUE están siendo objeto de una revisión completa por parte del TJUE». Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 5.

<sup>88</sup> Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 4.

<sup>89</sup> Cfr. STJUE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos, 26/62.

<sup>90</sup> De acuerdo con el nuevo marco jurídico (arts. 17 y 16.3 TUE) la Comisión tiene previsto presentar en el primer trimestre de 2012 propuestas legislativas que establezcan las medidas de coordinación y cooperación necesarias y abordar los temas pendientes o no suficientemente resueltos como la posibilidad de prestar asistencia consular a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que sean nacionales de un país tercero, resolver las divergencias entre Estados en cuanto al alcance de la protección ofrecida, compensar la protección consular facilitada en tiempos de crisis (medidas de evacuación, por ejemplo) o crear oficinas comunes en cooperación con los Estados miembros para reducir gastos y fomentar la cooperación mutua. Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 13 y 7.



ticia había sacado consecuencias tan importantes de un precepto del estatuto del ciudadano europeo.

### III. UNIÓN EUROPEA Y SUJETOS SOMETIDOS A SU JURISDICCIÓN: UNA HISTORIA DE VASOS COMUNICANTES

El lugar que ocupa el individuo que hoy día habita el territorio europeo es, como estamos viendo, de una complejidad singular. En este escenario de pertenencias múltiples (nacional, europea y mundial), la ciudadanía europea a la que venimos refiriéndonos se dibuja como un concepto de contornos imprecisos, por más que sobre el papel la imagen resulte sencilla y nítida.

La imagen en papel, efectivamente, parece clara: es ciudadano europeo el nacional de algún Estado miembro (art. 20.1 TFUE); la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla; la ciudadanía de la Unión supone la titularidad de los derechos y deberes establecidos en los tratados, comenzando por los señalados en el mismo precepto (art. 20.2 TFUE). La realidad no es ésa exactamente pues si bien se adopta como punto de partida la existencia de un vínculo previo muy concreto, la nacionalidad de algún Estado miembro, se admite a efectos de disfrutar del estatuto que éste no esté reservado a los nacionales.

Si no fuera porque las instituciones de la Unión aceptan pacíficamente ese punto de partida, que el ciudadano europeo es «el nacional de un Estado miembro», muchos rasgos del diseño de la ciudadanía de la Unión parecerían apoyar la tesis de que ciudadano europeo es «todo aquél que disfruta del estatuto». Esta última postura haría invisible la frontera entre los sometidos a la jurisdicción de la Unión Europea y los ciudadanos europeos e innecesaria la distinción entre unos y otros pues todos serían los mismos individuos. Pero ¿cómo explicar entonces que la vocación de la ciudadanía europea sea convertirse en el estatuto fundamental *de los nacionales de los Estados miembros*, en expresión ya archisabida, y que sin embargo muchos de los derechos ligados a la misma puedan ser disfrutados también por individuos que no poseen la nacionalidad de ningún Estado miembro? ¿No resulta la ciudadanía de la Unión igualmente innecesaria? ¿Qué aporta «ser» ciudadano de la Unión si los derechos ligados a la misma son compartidos por quienes no son ciudadanos de la Unión? Esta crítica no se refiere en sí a la extensión de los derechos a otros sujetos (en general positiva), sino a la construcción que se supone sostenía la diferencia.



No es baladí recordar que ya el propio texto del Tratado que contemplaba por primera vez la ciudadanía europea, declaraba que los derechos que vinculaban directamente al individuo con la Unión Europea por cuanto implicaban una relación vertical entre unos y otra, a saber, el derecho de petición al Parlamento Europeo y de acceso al Defensor del Pueblo Europeo, se reconocían también a cualquier persona física y jurídica con residencia o domicilio social en el territorio de la Unión. Dichos organismos han trabajado con intensidad desde el principio atendiendo a un colectivo potencial mucho mayor que el de los ciudadanos europeos<sup>91</sup>.

Pues bien, la jurisprudencia del TJUE ha venido a aumentar la lista de los derechos «compartidos», diluyendo aún más la frontera entre sujetos sometidos a la jurisdicción de la Unión Europea y ciudadanos europeos: hoy día, y según esa jurisprudencia, no es preciso ser nacional de un Estado miembro para disfrutar del derecho de sufragio en elecciones al Parlamento Europeo del art. 22 TFUE y, lo que ha resultado más revolucionario, tampoco es necesario serlo para disfrutar (bajo ciertas condiciones) del derecho de libre circulación y residencia previsto en el art. 21 TFUE.

#### *Las paradojas de un estatuto no exclusivo (I): el sufragio*

En el año 2006, el TJUE resolvió el mismo día los dos asuntos relacionados con el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo. Estrictamente hablando no se ponía en cuestión el alcance del art. 22 TFUE por más que pueda parecerlo pues no se cuestionaba el derecho a participar por las listas de un Estado miembro distinto del de la nacionalidad<sup>92</sup>, pero resulta interesante que en todo caso se apelase a la «ciudadanía de la Unión» como concepto vinculante.

No abundaremos sobre el primero de los dos asuntos señalados, habida cuenta de que ya nos hemos referido al caso Eman y Sevinger en otro momento de este trabajo. Baste recordar que la pregunta más específica sobre

---

<sup>91</sup> Cfr. el Informe sobre las actividades de la Comisión de Peticiones relativo a 2010 (2010/2295 (INI)), 17 de junio de 2011, así como la Síntesis 2010 publicada por el Defensor del Pueblo el 31 de enero de 2011.

<sup>92</sup> En ambos casos el problema afectaba o bien a un nacional comunitario que residía en territorio considerado «no europeo» pero que pretendía participar en las elecciones europeas por las listas del Estado de su nacionalidad (asunto Eman y Sevinger) o bien a una normativa que reconocía a ciudadanos nacionales de terceros Estados el derecho a participar en las elecciones europeas por las listas del Estado miembro al que estaban vinculados de un modo particular (Gibraltar) (asunto España vs. Reino Unido).

si las disposiciones del Tratado vinculadas a la ciudadanía europea y al sufragio (antiguos arts. 17 y 19.2 TCE) a la luz del art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH, se oponían a que personas sin la condición de ciudadanos europeos pudieran disfrutar del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, quedó, lamentablemente, sin contestar por no tener «relación alguna con el litigio principal» ya que los recurrentes en el procedimiento eran ciudadanos de la Unión (apartados 62 a 64).

Pero esa aparente oportunidad perdida... no lo era tanto: pocas horas antes el Tribunal había dictado otro pronunciamiento en el que se aportaban precisiones al respecto. Efectivamente, en su sentencia dictada en un recurso por incumplimiento interpuesto por España contra el Reino Unido, el Tribunal fue directamente confrontado con el asunto discutido. España señalaba como cuestión principal que la extensión del derecho de voto a Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo<sup>93</sup>, reconociendo el derecho de sufragio a personas que no eran nacionales británicas en el sentido del Derecho de la Unión sino ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar, vulneraba el Derecho de la Unión.

Tras descartar que la normativa de la Unión excluyera por sí misma del reconocimiento del derecho de sufragio a quienes no tuvieran la condición de ciudadanos de la Unión<sup>94</sup>, y acoger el argumento que comparaba lo previsto sobre el sufragio con el derecho de petición y de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, el Tribunal afirmará que la conocida vocación de la ciudadanía de la Unión de convertirse en el estatuto de los nacionales de los Estados miembros «no tiene como consecuencia necesaria que los derechos reconocidos en el Tratado estén reservados a los ciudadanos europeos» (apartado 74). A su juicio nada se opone a que un Estado miembro reconozca el derecho de sufragio al Parlamento Europeo a quienes reúnan determinados

---

<sup>93</sup> Para dar así cumplimiento a la STEDH de 18 de febrero de 1999 dictada en el asunto *Matthews c. Reino Unido*, en virtud de la cual el Reino Unido era condenado por haber infringido el art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH al no haber celebrado elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, lo que había impedido que una ciudadana británica como la demandante que residía en Gibraltar pudiera participar en la elección de los miembros del Parlamento Europeo.

<sup>94</sup> Sería interesante haber visto la argumentación del Tribunal si el asunto se hubiera suscitado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha sustituido la más genérica expresión del antiguo art. 189 TCE «representantes de los pueblos de los Estados miembros» por un art. 14 TUE que señala que «el Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión».

requisitos «expresivos de un vínculo específico con el territorio con respecto al cual se organizan las elecciones» (apartados 63, 78 y 79). Cuál sea ese vínculo es algo que, en el estado actual del Derecho de la Unión, sigue estando en manos de los Estados miembros pero sin duda sometido a escrutinio por parte del Tribunal. Por otro lado, como queríamos destacar, la sentencia deja bien claro que no es una consecuencia necesaria de la vocación de la ciudadanía europea el carácter exclusivo de sus derechos, algo que inevitablemente sigue cuestionando el sentido de un «título» carente de contenido específico.

*Las paradojas de un estatuto no exclusivo (y II): libertad de circulación y familia*

Dicha no exclusividad tiene también su reflejo en la libertad de circulación y residencia. El Tribunal de Justicia está de nuevo detrás de este reconocimiento que, en sí mismo, no estaba previsto por el tratado.

Entramos en un terreno bien complejo, donde la antigua libertad comunitaria de corte económico, reinventada en el estatuto de ciudadanía de la Unión, adquiere una densidad especial al entrar en contacto con dimensiones tradicionalmente ligadas al ser humano y protegidas por instrumentos internacionales. Efectivamente, la ciudadanía europea vinculada al ámbito familiar se convierte en una ecuación de resultados sorprendentes: como veremos, el efecto útil del reconocimiento de la condición de ciudadano europeo ha llevado al extremo la posibilidad de extender el ámbito de aplicación *ratione personae* de la libertad de circulación y residencia, a personas de su entorno familiar (cónyuges, hijos, progenitores) que por no ser nacionales de un Estado miembro no eran tampoco ciudadanos europeos. Lo peculiar no es que el Derecho de la Unión pase a reconocer ciertos derechos a los miembros de la familia, algo por otra parte de sentido común y que ya hacía; lo extraordinario es que dicho reconocimiento se deduzca directamente del Derecho originario y una vez excluida la aplicación de la norma de Derecho derivado.

Los primeros asuntos relevantes que se enfrentaban a esta particular problemática fueron los casos Carpenter, Baumbast y Zhu y Chen<sup>95</sup>; todos ellos fueron cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales británicos, todos se resolvieron antes de la entrada en vigor de la Directiva 2004/38

---

<sup>95</sup> Algunos de los citados asuntos han sido mencionados en otro momento de este trabajo, si volvemos ahora sobre ellos es para abordar una dimensión no señalada con anterioridad.

actualmente vigente y abordaron, cada uno, las distintas relaciones familiares, cónyuges, hijos y padres.

El caso *Carpenter* es representativo de la problemática del cónyuge de un ciudadano europeo que es nacional de un tercer Estado<sup>96</sup>. El TJUE va a señalar que «a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar», previsto en el art. 8 CEDH y que forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento de la Unión (apartado 41), el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro pueda denegar la residencia en su territorio al cónyuge —nacional de un tercer Estado— de un prestador de servicios nacional de ese Estado miembro y que presta servicios a destinatarios de otros Estados miembros. Sólo podría hacerlo si la medida restrictiva es conforme con los derechos fundamentales, es decir, si la medida está prevista por la ley, tiene un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a dicho fin<sup>97</sup>; y ello no ocurría en el caso<sup>98</sup>.

Esta decisión no estuvo exenta de polémica pues introducía por vez primera un elemento de «no movilidad» por parte del cónyuge del nacional de un Estado miembro, que podía hacer «tenue»<sup>99</sup> la línea fronteriza que separa un asunto así de una «situación puramente interna». La pregunta era entonces ¿la protección de la vida familiar implica proteger cualesquiera opciones familiares? Según el TJUE implica proteger también la opción de residir en el Estado miembro de origen aun cuando la actividad económica implique desplazamientos. La lectura de la antigua libertad comunitaria «desde» la

---

<sup>96</sup> La Sra. *Carpenter*, de nacionalidad filipina, con permiso de entrada en el Reino Unido, permanece en territorio británico de forma irregular después de que finalice dicho permiso y año y medio después se casa con un nacional británico y constituye una familia con él y sus hijos anteriores. Como su marido se desplaza habitualmente por otros Estados miembros por motivos laborales, la Sra. *Carpenter* solicita un permiso de residencia en el Reino Unido como cónyuge de nacional comunitario para poder atender así a su familia. Dicho permiso es denegado y se decreta la expulsión de la Sra. *Carpenter* del territorio.

<sup>97</sup> Con cita de la STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*.

<sup>98</sup> Según el Tribunal, la decisión de expulsión no respeta un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, por un lado la defensa del orden público y la seguridad pública (la Sra. *Carpenter* infringió las normas de inmigración pero no existía ningún otro reproche en clave de peligro para el orden público o para la seguridad pública) y por otro el derecho del Sr. *Carpenter* al respeto de su vida familiar (la Sra. *Carpenter* tenía una vida familiar efectiva ocupándose de los hijos de su cónyuge). Se trataba de una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar del Sr. *Carpenter* y por tanto ilegítima.

<sup>99</sup> Véase *Shaw, Jo, op. cit.*, p. 18.

ciudadanía de la Unión permitía así dar un alcance mayor a la cobertura familiar que el que contemplaba con anterioridad el Derecho de la Unión.

El asunto *Baumbast*<sup>100</sup>, referido también en otro momento de este trabajo, incorpora dos nuevas dimensiones a la problemática, la de los hijos, y derivada de la anterior, la de los progenitores<sup>101</sup>. El Tribunal de Justicia reconoce en primer lugar que la normativa de la Unión contempla el derecho de las hijas a continuar su escolarización, y a renglón seguido, para no «hacer vano el ejercicio de su derecho» (apartado 65), defiende una interpretación de la norma europea a la luz de la exigencia de respeto de la vida familiar (apartados 71 y 72): tales hijas tienen derecho a estar acompañadas por la persona que tenga la custodia, por lo que ésta debe poder residir con ellas en dicho Estado durante sus estudios. La denegación de un permiso de residencia en estas condiciones no constituiría una restricción del derecho sino una vulneración del mismo (apartado 73).

El Tribunal traerá aquí una construcción característica del Derecho de la Unión desde sus comienzos (pues es consustancial a su existencia<sup>102</sup>) y que tiene una proyección natural en los casos en los que se ven afectados vínculos familiares: el efecto útil de la norma. Por más que la norma europea, en el caso se trataba del *Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad*, reconozca un derecho a favor de los hijos del beneficiario de la misma, *habida cuenta del contexto y de las finalidades que persigue el Reglamento (...) éste no puede interpretarse de manera restrictiva y no debe, en cualquier caso, verse privado de su efecto útil* (apartado 74). De

---

<sup>100</sup> Resuelto sólo unos meses después del asunto *Carpenter* y a partir de una cuestión prejudicial planteada por el mismo órgano judicial británico (Immigration Appeal Tribunal).

<sup>101</sup> Se trataba en realidad de dos asuntos de los que conocía el órgano judicial de reenvío: por un lado el caso de los Sres. *Baumbast*, un matrimonio formado por una ciudadana colombiana, casada en el Reino Unido con un ciudadano alemán y con dos hijas; y el caso de la Sra. *R.*, norteamericana, casada con un ciudadano francés y con dos hijas. Ambas familias se encuentran con sendas resoluciones que niegan la residencia al cónyuge nacional del tercer Estado por dejar de cumplir el requisito señalado por el Derecho derivado de ser «miembro de la familia del trabajador migrante» tras el divorcio de su cónyuge o tras la pérdida de la condición de trabajador del nacional comunitario migrante, poniendo con ello en cuestión la posibilidad de las hijas de continuar con sus estudios en el Estado miembro de acogida, Reino Unido.

<sup>102</sup> Sirva como ejemplo paradigmático la STJUE de 28 de junio de 1978, asunto *Simmenthal* c. Italia, párrafo 20.

nada sirve reconocer un derecho a unos hijos que están a cargo de alguno de sus progenitores, si dichos progenitores ven denegada la posibilidad de continuar en el país<sup>103</sup>. De esta manera, el reconocimiento del derecho de los hijos, se proyecta sobre las circunstancias de sus padres de forma derivada, extendiendo así el ámbito de aplicación *ratione personae* de un modo no previsto expresamente por la normativa de la Unión. La fuerza de ese vínculo es, por lo demás, poderosa pues pasa por encima de cualesquiera circunstancias sobrevenidas, ruptura del vínculo matrimonial, fin de la relación laboral, nacionalidad extranjera de alguno de los hijos. Una interpretación contraria, defiende el Tribunal, contravendría el objetivo perseguido por la norma europea, «facilitar la integración del trabajador migrante y de su familia en el Estado miembro de acogida con el fin de lograr (...) la libre circulación de los trabajadores dentro del respeto a la libertad y a la dignidad» (apartado 59)<sup>104</sup>.

Se trata así de una especie de argumento circular que nace del ciudadano de la Unión pero pasa necesariamente por los hijos y de nuevo, a partir de éstos, vuelve a los progenitores. De hecho, la fuerza con la que se proyecta sobre la situación del progenitor nacional de un tercer Estado surge en particular del reconocimiento del derecho de los hijos y no del vínculo previo con el cónyuge, por más que éste diera lugar a la familia. El interés del menor se protege de forma especial, irradiando esa protección a sus familiares más próximos.

El tercer asunto suscitado por los tribunales británicos en esa etapa previa a la Directiva 2004/38 es el caso Zhu y Chen al que nos referimos ya en un momento inicial de este trabajo. Se trata ahora de poner la mirada en los vínculos familiares: por un lado, la ciudadana europea es una niña de corta edad, la segunda hija de la pareja, nacida en territorio de un Estado miembro y por ello titular de los derechos que el Tratado reconoce a los ciudadanos europeos, entre otros la libertad de circulación y la libertad de residencia<sup>105</sup>. Por otro lado, la normativa europea de Derecho derivado (en

<sup>103</sup> Al efecto útil se refiere el Abogado General en el apartado 91 de sus Conclusiones al asunto Baumbast. En un momento anterior habla de que de lo contrario el derecho de los hijos resultaría «ilusorio».

<sup>104</sup> Con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, los asuntos Ibrahim y Teixeira, ambos resueltos por el TJUE el 23 de febrero de 2010, retoman la doctrina Baumbast.

<sup>105</sup> El Tribunal señala que la «aptitud de un nacional de un Estado miembro para ser titular de los derechos garantizados por el Tratado y por el Derecho derivado en materia de

el caso la Directiva 90/364) no permitiría *stricto sensu* que la madre de Catherine Zhu tuviera un derecho de residencia derivado del suyo, pues dicha norma contempla el supuesto inverso, el de un ciudadano europeo que tiene «a su cargo» a un ascendiente sea cual sea su nacionalidad. Dicha interpretación, sin embargo, privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de la ciudadana europea que, por razones obvias, depende íntegramente del cuidado de su madre; por ello el Tribunal señala que es preciso interpretar la normativa de modo eficaz al reconocimiento del derecho, lo que se traduce necesariamente en un reconocimiento del derecho de residencia del progenitor, la Sra. Chen (apartados 45 a 47)<sup>106</sup>.

En el año 2004 se produce un cambio significativo en la normativa de la Unión Europea. No ajeno a la evolución social y jurídica de los Estados europeos que detallaba pormenorizadamente el Abogado general ya en el asunto Baumbast<sup>107</sup>, el legislador europeo aprueba la Directiva 2004/38<sup>108</sup> incorporando algunos de los aspectos más destacados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y acogiendo así esa evolución social vertiginosa que sitúa el escenario europeo en un contexto de movilidad, desplazamientos e inestabilidad hasta entonces desconocido<sup>109</sup>. La directiva pretende, así, in-

---

libre circulación de personas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos» (apartado 20), y por ello Catherine Zhu está legitimada para ejercitar tales derechos, algo que ha hecho su madre en su nombre al trasladar la residencia de ambas al Reino Unido (Gales). En este aspecto será diferente el supuesto de hecho del caso McCarthy, en el que no hay ejercicio alguno de libertad de circulación.

<sup>106</sup> A mayor abundamiento, señala el Abogado General Tizzano, si la sentencia dictada en el caso Baumbast había reconocido un derecho derivado similar respecto de niños en edad escolar, cuánto más respecto de una niña de corta edad cuyo derecho está «indivisiblemente vinculado» al de su madre. Apartados 90, 91 y 99 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano, asunto Zhu y Chen.

<sup>107</sup> Cfr. Conclusiones del Abogado General Geelhoed, apartados 20 y 21 al asunto Baumbast.

<sup>108</sup> *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.*

<sup>109</sup> La directiva habla así del efecto directo del antiguo art. 18 TCE, otorgado por el Tratado y cuyo ejercicio pretende facilitar, de la famosa vocación de la ciudadanía de la Unión de convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros de forma que ésta pase a ser la condición primera del ciudadano que circula libremente

corporar los recelos y las conquistas que los años previos habían sacado a la luz<sup>110</sup>.

En el contexto de la nueva normativa queremos destacar en especial el caso *Metock* y volver parcialmente sobre los casos ya referidos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, por cuanto aportan a la cuestión de los cónyuges y la relación padres-hijos.

El caso *Metock* contempla un supuesto en el que se acumulan varios asuntos con rasgos comunes: todos ellos contestan la denegación de la concesión de un permiso de residencia a nacionales de terceros Estados, casados con ciudadanas de la Unión después de haber entrado en el país, y residentes en Irlanda. El Tribunal de Justicia va a considerar, en lo que nos interesa, que un nacional de un tercer Estado puede acogerse a lo dispuesto en la directiva con independencia del momento o lugar en el que se haya casado con el ciudadano europeo, o de las circunstancias en las que haya entrado en el Estado miembro de residencia. Según el Tribunal, los términos «miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que le acompañen o se reúnan con él» hacen referencia también a «aquéllos que residen con él en ese Estado miembro». Dicha interpretación, recibida con preocupación por muchos Estados que ven en ella la puerta para regular a todos los inmigrantes irregulares mediante matrimonios por conveniencia<sup>111</sup>, no puede ser de otra manera, señala el Tribunal, desde la finalidad de la Directiva que impone una interpretación restrictiva y que preserve su efecto útil, pues si sólo pudieran acogerse a la misma aquéllos que estuvieran ya casados, quienes se casasen después se verían disuadidos de continuar en ese país y deberían trasladar su residencia a otro Estado miembro o a un país tercero para poder llevar una vida familiar. Si un Estado miembro quisiera sancionar al nacional de un tercer Estado por haber entrado y residir en su territorio

---

y busca residencia en otro Estado miembro, y no su condición de asalariado, trabajador por cuenta propia, estudiante, etc. Habla también de los familiares de los ciudadanos europeos, contempla la situación de divorcio o separación de los cónyuges y de sus efectos (y no sólo del fallecimiento como antes); habla expresamente del abuso de derecho por circunstancias como el matrimonio de conveniencia, etc.

<sup>110</sup> Tarea, por otro lado, nada fácil a juzgar por el enorme número de problemas que la aplicación de la directiva ha supuesto en la inmensa mayoría de Estados miembros. Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, op.cit, p. 6.

<sup>111</sup> Diez Estados miembros habían presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia al hilo del asunto *Metock*.



vulnerando la normativa sobre inmigración, y no fuera de aplicación lo previsto sobre orden público —que depende del comportamiento personal del interesado como se desprende la Directiva—, debería hacerlo a través de sanciones que no atenten contra la libertad de circulación (como una multa) y siempre que éstas no sean desproporcionadas (apartado 97). En definitiva y como destaca la Comisión, el Tribunal dice que el modo de abordar ese problema es luchar contra los abusos y el fraude (como permite la directiva 2004/38 en el art. 35), no negar la mayor<sup>112</sup>.

La teoría del llamado «efecto útil» recibe una vuelta más de tuerca en el ya mencionado asunto Ruiz Zambrano abordado con detenimiento en otro momento de este trabajo. Se trataba de un caso parecido al resuelto por el Tribunal en el asunto Zhu y Chen pero con la nada irrelevante particularidad de que nadie de la familia había ejercido la libertad de circulación. A efectos de las consideraciones que venimos realizando en este apartado, hay que destacar la atribución de un derecho de residencia para los dos progenitores y un permiso de trabajo para el Sr. Ruiz Zambrano, para velar así por el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que disfrutaban, siquiera «en potencia», sus hijos. El disfrute efectivo de la «esencia» de los derechos conferidos por el estatuto comprende algo más que el concreto ejercicio de los derechos. Como vimos en su momento el Tribunal no hace ninguna consideración sobre el derecho de residencia de los hijos en el Estado miembro de origen del que no se habían movido; el estatuto de ciudadano de la Unión definido en el art. 20 TFUE constituye la base jurídica directa del «derecho a tener derechos», limitándose a afirmar que los menores de edad por ser ciudadanos de la Unión tienen derecho a este estatuto de manera incontestable. La Directiva no es de aplicación pero ello no sitúa el asunto en la estricta frontera nacional: lo trascendente de este caso está en considerar de aplicación el Derecho de la Unión por el mero hecho de que un individuo «es» ciudadano de la Unión. A partir de este momento, no hay más que aplicar la doctrina Baumbast y Zhu y Chen ya señalada para determinar que a los padres les corresponde un derecho derivado de residencia y un permiso de trabajo que haga real la posibilidad de que esos hijos de corta edad puedan disfrutar de su estatuto. De nuevo estamos ante el argumento circular: son los hijos los que van a dar cobertura a la presencia de sus padres en el territorio europeo.

---

<sup>112</sup> Analizado en el Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, op.cit, p. 8.

La diferencia de este caso con el asunto McCarthy fallado pocos meses después, un asunto en el que tampoco hay ejercicio de la libertad de circulación, está en la capacidad teórica de la medida controvertida para privar al sujeto «del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión», ninguna en el caso. McCarthy supone por otro lado la otra cara de la moneda de ese argumento al que nos referíamos: denegada la pretensión a la ciudadanía europea, decae naturalmente la pretensión derivada de ésta en beneficio de su cónyuge, nacional de un tercer Estado en situación irregular en el país. Como no puede ser de otra manera ¿O sí? La Abogada General, Sra. Kokott señaló en las conclusiones presentadas sobre el asunto que a la luz del derecho al respeto de la vida familiar protegido por el CEDH, del que el Reino Unido es parte, tal vez éste debiera reconsiderar su decisión sobre el Sr. McCarthy como «familiar cercano» en el sentido del art. 8 CEDH. Pero será esa una cuestión ajena al caso debatido ante el Tribunal de Justicia<sup>113</sup>.

*Una ecuación de resultados sorprendentes: vasos comunicantes*

Este recorrido por algunos de los casos más relevantes sobre libertad de circulación y ciudadanía de la Unión permite destacar lo siguiente: en primer lugar evidencia que el derecho a la libre circulación y residencia no puede ser convenientemente protegido si al hacerlo no se garantiza igualmente esa libertad a la familia del ciudadano europeo de forma verdaderamente «útil». Desde antes de la adopción de la Directiva 2004/38 el legislador europeo reconocía la importancia de proteger la vida familiar (así en Carpenter y las demás; así en el ya citado Reglamento 1612/68), sencillamente porque si no se permite a los ciudadanos «llevar una vida familiar normal» en el Estado miembro de acogida (apartado 62 Metock), se obstaculizaría seriamente el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza. Ello justifica el interés (y la competencia) de la Unión en regular convenientemente este derecho; no hacerlo, además, daría lugar a que la libertad de circulación variase de un Estado miembro a otro en función de sus disposiciones de Derecho nacional en materia de inmigración. «No podría conciliarse tal resultado con el objetivo de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de las personas» (apartado 68 Metock).

<sup>113</sup> Cfr. apartado 60 Conclusiones Abogado General Kokott, asunto McCarthy.

En segundo lugar destaca cómo el derecho al respeto de la vida familiar previsto en el art. 8 CEDH del que todos los Estados miembros son parte, se incorpora como elemento importante en la consideración de esta materia, un elemento que no es posible desdeñar pues todos los casos referidos tienen como telón de fondo ese compromiso internacional<sup>114</sup>. Si además en el asunto se ven implicados menores de edad, la proyección del estatuto de ciudadanía europea, a saber, de sus derechos, adquiere mayor densidad pues el interés del menor impregna de modo decisivo todas las consideraciones aunque no se diga expresamente.

En tercer lugar muestra cómo el Tribunal es muy cuidadoso a la hora de valorar las circunstancias de cada caso, de forma que la variable «familia» (y sus consecuencias) no es aplicada automáticamente sin más; todo lo contrario, el Tribunal va a aplicar el principio de proporcionalidad de forma minuciosa valorando la oportunidad de su apreciación en cada caso<sup>115</sup>.

Sería interesante conocer el final de la historia, cómo terminan los distintos asuntos una vez son devueltos al tribunal de reenvío, en qué sentido falla éste y hasta qué punto el Estado implicado acata el fallo y cómo lo hace. Pensemos que muchos de estos casos afectaron al Reino Unido (Carpenter, Baumbast, Zhu y Chen y McCarthy —si bien el fallo de este último no apreciaba conflicto entre la normativa nacional y la europea—) imponiéndole de alguna manera una determinada interpretación de la normativa en cuestiones de política nacional muy sensibles como la inmigración; otros casos resultaron tremendamente polémicos de cara a la opinión pública (Metock y Ruiz Zambrano). Sin embargo, más allá de alguna aislada men-

---

<sup>114</sup> En su Quinto Informe sobre la ciudadanía de la Unión, la Comisión se hace eco de la necesidad de interpretar el derecho de libre circulación en el marco de los derechos fundamentales y en particular del derecho a la protección de la vida familiar y el principio de proporcionalidad. Cfr. el Quinto informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión 2004-2007, COM(2008)85 final, p.6.

<sup>115</sup> Así en Carpenter (ningún riesgo para el orden público más allá de haber permanecido de forma irregular en el territorio, apariencia de matrimonio «auténtico», cuidado efectivo de los hijos del Sr. Carpenter, cumplimiento de las condiciones a las que la normativa supedita el ejercicio del derecho de residencia —recursos suficientes para no ser una carga para el erario público, seguro médico—), Baumbast (hijos menores viviendo con su madre en todo momento, disponibilidad de recursos económicos), Zhu y Chen (gravedad de las consecuencias de una negativa desde la perspectiva de la normativa china, cumplimiento de las condiciones económicas referidas), Ruiz Zambrano (integración de la familia en el Estado miembro de origen de los niños, cumplimiento de la normativa sobre cotización a la Seguridad Social belga).

ción al «seguimiento» de alguna sentencia por parte de la Comisión<sup>116</sup>, no existe en el seno de la misma un mecanismo similar al que encontramos en el Consejo de Ministros del Consejo de Europa y que permite seguir de cerca el proceso de vuelta en territorio nacional, lo que es sin duda llamativo y una cuestión a mejorar.

La ecuación se cierra así de modo sorprendente: en una especie de funcionamiento parecido al de los vasos comunicantes, sujetos que no poseen la nacionalidad de ningún Estado miembro disfrutaban en cambio de muchos derechos previstos inicialmente para quienes sí la poseen y por poseerla se habían convertido en ciudadanos de la Unión. Si bien esta circunstancia estaba ya contemplada en el propio texto del estatuto para algunos de sus derechos (derecho de petición y de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo), su extensión a otros ámbitos como el derecho de sufragio y en particular la libertad de circulación y residencia cuestiona como hemos visto la distinción supuestamente existente entre ciudadanos europeos y sujetos sometidos a la jurisdicción de la Unión ¿son las instituciones conscientes de esto?

La nacionalidad de un Estado miembro, imprescindible para «ser» ciudadano europeo, no lo es para «disfrutar» de su estatuto; algo que al final del día no tiene por qué ser negativo si bien no deja de resultar sorprendente como construcción. Efectivamente cuesta entender la rigidez con la que las propias instituciones valoran el requisito de la nacionalidad a efectos de adquirir la condición de ciudadano de la Unión<sup>117</sup>, cuando en cambio podría decirse que los derechos del estatuto se comparten sin reparos.

¿O ser ciudadano de la Unión es algo más que disfrutar de su estatuto? El caso Ruiz Zambrano podría ser el comienzo de una nueva época. Habrá que estar atentos.

---

<sup>116</sup> Tan sólo en una ocasión la Comisión informó de haber hecho algún seguimiento de un asunto, el caso García Avello, iniciando incluso varios procedimientos de infracción entre octubre de 2005 y 2006. Cfr. el Quinto Informe de la Comisión (...), op.cit, p. 10.

<sup>117</sup> El mismo Parlamento Europeo defiende en una resolución de 2009 que «la identidad de ciudadano de la Unión sólo puede basarse en la identidad nacional». Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre problemas y perspectivas de la ciudadanía europea (2008/2234(INI)), p. 14.

TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

- STJUE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos, 26/62.  
STJCE de 28 de junio de 1978, asunto Simmenthal c. Italia, C-106/77.  
STJCE de 13 de julio de 1989, asunto Wachauf 5/88.  
STJUE de 7 de julio de 1992, asunto Micheletti, C-369/90.  
STJUE de 12 de mayo de 1998, asunto Martínez Sala, C-85/96.  
STJUE de 24 de noviembre de 1998, asunto Bickel y Franz, C-274/96.  
STJUE de 11 de noviembre de 1999, asunto Mesbah, C-179/98.  
STJCE de 13 de abril de 2000, asunto Karlsson C-292/97.  
STJUE de 20 de febrero de 2001, asunto Kaur, C-192/99.  
STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto Grzelczyk, C-184/99.  
STJUE de 11 de julio de 2002, asunto D'Hoop, C-224/98.  
STJUE de 11 de julio de 2002, asunto Carpenter, C-60/00.  
STJUE 17 de septiembre de 2002, asunto Baumbast, C- 413/99.  
STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto García Avello, C-148/02.  
STJUE 29 de abril 2004, asunto Pusa, C-224/02.  
STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto Zhu y Chen, C-200/02.  
STJUE 12 julio 2005, asunto Shempp, C-403/03.  
STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto Eman y Sevinger, C-300/04.  
STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto España c. Reino Unido, C-145/04.  
STJUE de 18 de julio de 2006, de Cuyper, C-406/04.  
STJUE de 26 de octubre de 2006, caso Tas y Tas-Hagen, C-192/05.  
STJUE de 11 de septiembre de 2007, asunto Schwarz y Gootjes-Schwarz, C-76/05).  
STJUE de 23 de octubre de 2007, caso Morgan, C-11/06.  
STJUE de 25 de julio de 2008, asunto Metock y otros, C-127/08.  
STJUE de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin y Paul, C-353/06.  
STJUE 16 diciembre 2008, asunto Huber, C-524/06.  
ATJUE de 26 de marzo de 2009, asunto Pignataro, C-535/08.  
STJUE de 4 de junio de 2009, asunto Vatsouras y Koupatantze, C-22/08 y C-23/08.  
STJUE de 23 de febrero de 2010, asunto Ibrahim, C-310/08.  
STJUE de 23 de febrero de 2010, asunto Teixeira, C-480/08.  
STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto Rottmann, C-135/08.  
STJUE de 22 de diciembre de 2010, caso Sayn-Wittgenstein, C-208/09.  
STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto Ruiz Zambrano, C-34/09.  
STJUE de 5 de mayo de 2011, asunto McCarthy, C-434/09.  
STJUE de 12 de mayo de 2011, caso Runevic-Vardyn, C-391/09

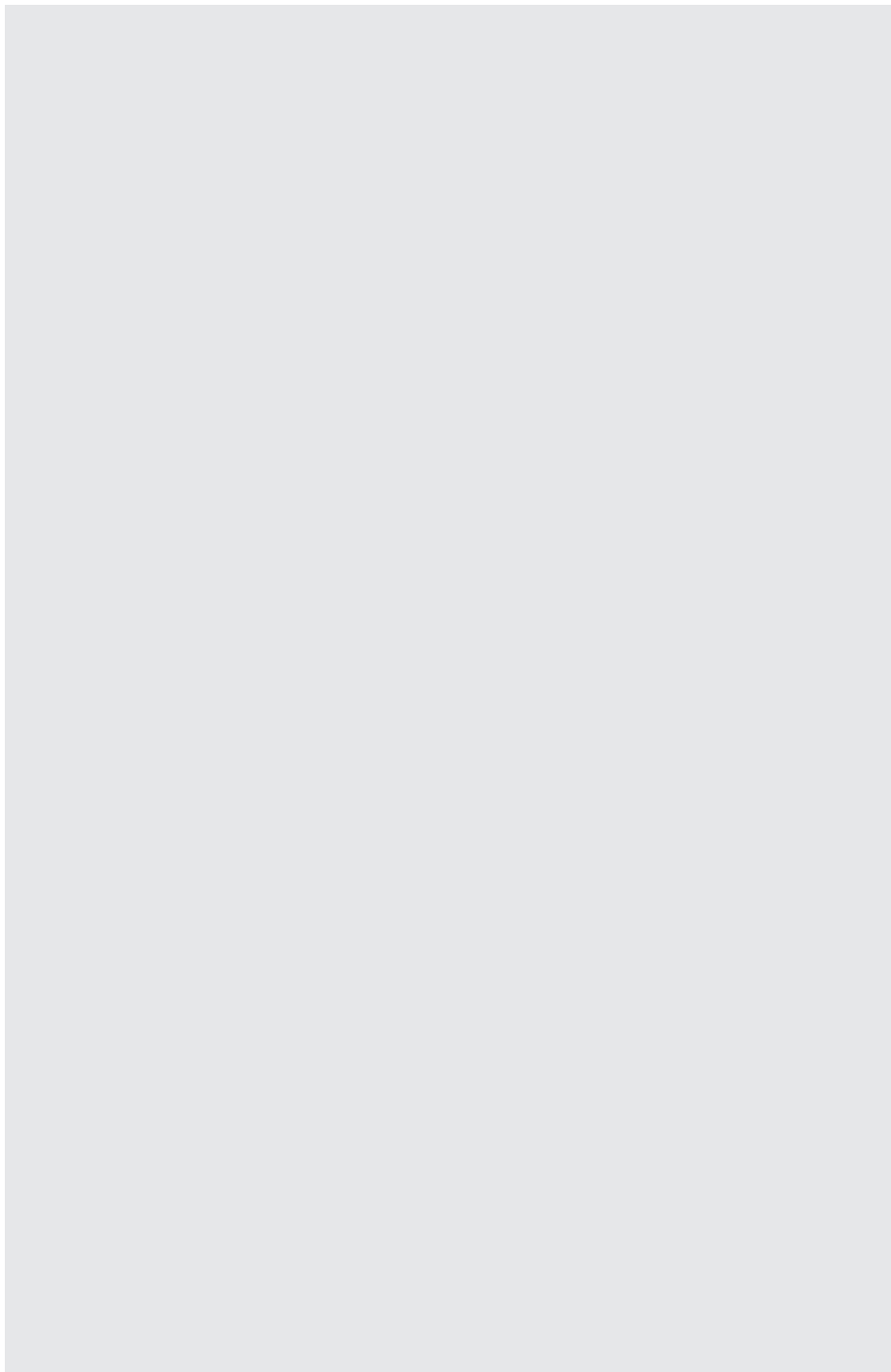


# IDENTITÉ NATIONALE ET INTÉGRATION DES IMMIGRÉS. LE «MODÈLE RÉPUBLICAIN» CONTRE LES DROITS DES ÉTRANGERS.

Danièle Lochak

## SUMARIO

- I. Les mots pour le dire: l'intégration, objet de discours
- II. Flux et reflux d'une politique: l'intégration, objectif à éclipse de l'action publique
- III. Intégrer ou contrôler : les lois de police contre l'intégration
- IV L'amalgame entre l'intégration et les lois de police  
L'intégration, alibi de la précarisation du droit au séjour  
Une contractualisation biaisée
- V. Intégration républicaine et identité nationale
- VI. Sombres perspectives européennes





La migration légale et l'intégration des ressortissants de pays tiers font aujourd'hui partie d'un débat important à travers l'Union européenne élargie. La plupart des États membres éprouvent actuellement des phénomènes migratoires et sont confrontés aux défis de l'intégration. Certains pays, y compris les nouveaux États membres, n'ont été que récemment confrontés à l'immigration. D'autres ont traité les défis de l'immigration et de l'intégration depuis des décennies mais pas toujours avec des résultats satisfaisants, et ils révisent donc leurs politiques.

C'est en ces termes que la Commission, dans une communication de 2005<sup>1</sup>, présente la question de l'intégration des migrants issus des pays tiers, qui est donc appréhendée comme un objet de « débat » et également comme un « défi » auquel sont confrontés les États d'accueil et auquel ils ont du mal à trouver des réponses appropriées.

On voudrait s'attacher ici à montrer, en s'appuyant principalement sur l'exemple de la France, comment un objectif *a priori* louable, celui de promouvoir l'intégration des migrants, s'est en réalité retourné contre ces derniers. Les mesures progressivement adoptées depuis une dizaine d'années dans un contexte de xénophobie montante ont pour effet, sinon pour objet, de stigmatiser les étrangers et d'entraver leur intégration bien plus que de la favoriser.

---

<sup>1</sup> Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Programme commun pour l'intégration - Cadre relatif à l'intégration des ressortissants de pays tiers dans l'Union européenne » : COM(2005) 389 final, 1<sup>er</sup> septembre 2005.

Formellement, la notion d'intégration a fait son entrée dans la législation française sur l'entrée et le séjour des étrangers avec la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration. Nicolas Sarkozy, alors ministre de l'intérieur et promoteur de cette loi, n'a pas manqué de le souligner, avant d'intituler la seconde loi adoptée à son initiative et promulguée le 24 juillet 2006, « loi relative à l'immigration et à l'intégration ».

Il serait hâtif d'en tirer la conclusion que ces deux dates marquent l'inscription de l'intégration des immigrés sur l'agenda gouvernemental, et cela pour deux raisons inverses. D'abord, l'intégration n'a jamais cessé, depuis 1974, de faire partie des objectifs officiels de la politique d'immigration, même si les réalisations concrètes n'ont pas suivi et ont été entravées par la multiplication des dispositions répressives prises dans le cadre de la « maîtrise des flux migratoires ». Ensuite, dans le dispositif mis en place, l'intégration n'est pas tant un objectif que l'alibi du maintien des étrangers dans la précarité. L'effort d'intégration, dont la responsabilité doit normalement incomber aux pouvoirs publics, est désormais rejeté sur les immigrés et converti en injonction de s'intégrer, sous peine de conserver à jamais leur statut précaire.

Compte tenu de ce qui se joue – politiquement, idéologiquement, juridiquement – autour de l'intégration, il n'est pas inutile de tenter de retracer l'histoire de ces enjeux depuis le milieu des années 1970<sup>2</sup>. C'est à ce moment là, en effet, lorsque l'on prend conscience que l'immigration de travailleurs, perçue comme temporaire, a progressivement évolué vers une immigration durable, que l'intégration des immigrés entre dans le champ des préoccupations des pouvoirs publics avant de devenir un sujet de débat politique<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Précisons que, dans les développements qui suivent, l'intégration sera appréhendée uniquement dans une perspective politique, c'est-à-dire en tant qu'elle a été construite politiquement comme un « problème » auquel les pouvoirs publics doivent s'efforcer de trouver des solutions, à l'exclusion de toute perspective sociologique ou psychosociologique qui s'intéresserait à la question de savoir si les immigrés s'intègrent, à quel rythme, et quels indicateurs permettent d'évaluer cette intégration.

<sup>3</sup> Il est vrai que cette installation durable n'est pas un phénomène nouveau et que la stabilisation et l'enracinement des migrants sont des réalités bien plus anciennes, qui ont concouru à créer le « creuset français » – décrit par Gérard Noiriel – dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais, sous la III<sup>e</sup> République, l'intégration passe par l'accès à la nationalité française, facilité par les législations successives, au point qu'on peut dire que, d'une certaine façon,

Cette histoire se déroule sur plusieurs plans qui interfèrent sans cesse et qu'on ne distinguera que pour les besoins de l'analyse. L'intégration est d'abord un objet de discours, et l'on observe ici le poids des mots et des idéologies (i). Le discours peine toutefois à déboucher sur des réalisations, au point d'apparaître comme un substitut à une action publique défaillante, même si l'intégration, avec plus ou moins de visibilité et de constance selon les époques, est l'un des objectifs officiellement assigné à la politique d'immigration (ii). Non seulement les réalisations concrètes ne suivent pas mais elles sont entravées par la multiplication des dispositions répressives prises au nom de la « maîtrise des flux migratoires » et de façon générale par une réglementation de plus en plus sévère en matière de séjour et d'éloignement (iii). L'amalgame délibéré, dans la législation récente, entre droit au séjour et intégration, vient rappeler cette réalité souvent oubliée ou déniée (iv). Mais ce qui caractérise aussi l'évolution des dix dernières années, c'est, comme on l'a relevé en commençant, le fait que l'effort d'intégration est transféré sur les immigrés qui doivent, dans le cadre d'une contractualisation biaisée, donner des gages d'intégration pour acquérir un droit au séjour (v). Quant au contenu de l'intégration ainsi promue, la fameuse « intégration républicaine », il consonne avec l'idéologie du moment qui voit dans l'immigration un risque pour l'identité nationale (vi). Reste que cette évolution est loin d'être isolée : la France n'a fait ici qu'adapter l'expérience d'autres pays avant de s'efforcer d'exporter ce modèle à l'ensemble de l'Union européenne, comme en témoigne le Pacte européen sur l'immigration et l'asile qu'elle a fait adopter par ses partenaires en 2008 (vii).

#### I. LES MOTS POUR LE DIRE : L'INTÉGRATION, OBJET DE DISCOURS

La notion d'« intégration » a fini par prévaloir en France – même si elle fait encore l'objet de critiques – après avoir été pendant un temps en concurrence avec celle d'insertion, l'« assimilation » servant en revanche de repoussoir. Sans chercher à percer la signification intrinsèque des trois termes (entreprise d'ailleurs vaine puisque, comme les linguistes nous l'ont

---

la politique de la nationalité a tenu lieu de politique d'intégration. Ainsi, la loi de 1889 qui confère la nationalité française à leur majorité aux étrangers nés en France, est bien une loi d'intégration puisqu'elle intègre à la nation des étrangers en les transformant en citoyens et en soldats français et parce qu'elle fait confiance aux capacités d'assimilation de ces deux institutions républicaines par excellence que sont l'école et l'armée (v. Rogers Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, Paris, Belin, 1997, p. 163 s).

appris, ce sont les emplois d'un mot qui lui donnent son sens), on retracera la façon dont le terme d'« intégration » s'est finalement imposé. Par la suite, amalgamé à la thématique du « modèle républicain », il donnera naissance au concept d'« intégration à la française » puis à celui d'« intégration républicaine ».

L'appréhension spontanée des trois modalités d'entrée des immigrants dans la communauté française – l'assimilation, l'intégration, l'insertion – les situe sur une sorte d'échelle allant de l'attitude la plus « impérialiste » de la société d'accueil (l'assimilation) à l'attitude la plus respectueuse de l'autre (l'insertion)<sup>4</sup>.

L'assimilation, vue dans cette perspective comme supposant l'abandon de tout élément de l'identité originelle pour se fondre dans la communauté d'adoption, et évoquant par trop l'entreprise colonisatrice<sup>5</sup>, est devenue depuis longtemps tabou, du moins dans le discours politiquement correct qui en a abandonné l'usage aux partisans d'une France ethniquement et culturellement homogène. Relevons que l'assimilation reste néanmoins présente dans la législation relative à la nationalité française puisqu'elle conditionne l'accès à cette nationalité : « Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République », énonce l'article 21-24 du code civil<sup>6</sup>. Et le gouvernement peut par ailleurs faire opposition à l'acquisition de la nationalité par mariage en cas de « défaut d'assimilation » (art. 21-4).

---

<sup>4</sup> Jacqueline Costa-Lascoux, « De l'immigré au citoyen », *Notes et études documentaires*, La documentation française, 1989, pp. 9-12.

<sup>5</sup> V. par exemple Vincent Geisser, « L'intégration républicaine : réflexion sur une problématique post-coloniale », in P. Blanchard et N. Bancel (dir.), *Culture post-coloniale, 1961-2006*, Ed. Autrement, Coll. Mémoires/Histoire, 2006, p. 145. Aux yeux de l'auteur, toutefois, on peut relever la « filiation putative » de l'intégration avec l'idéologie coloniale et donc avec la doctrine assimilationniste.

<sup>6</sup> La référence aux « droits et devoirs conférés par la nationalité française » a été ajoutée par la loi du 26 novembre 2003 tandis que la loi du 00 juin 2011 a exigé du postulant qu'il adhère aux principes et valeurs essentiels de la République – exigence somme toute logique puisqu'on ne peut demander moins à celui qui veut devenir Français qu'à celui qui postule simplement à la délivrance d'une carte de résident (voir plus loin).

L'insertion apparaît à l'inverse, du moins telle qu'on se la représente spontanément, comme le processus le moins impliquant, à la fois pour les immigrés – qui conservent leur identité et à qui il n'est pas demandé de renoncer à leur appartenance d'origine et à leurs particularismes – et pour la société d'accueil qui ne contracte pas d'obligation durable vis-à-vis de celui qui reste un étranger. L'insertion est un objectif minimaliste, tourné vers accueil d'individus qui ont vocation à retourner chez eux – d'où l'accent mis sur la préservation des liens de l'immigré avec sa culture d'origine, voire sur le retour, envisagé comme l'une des perspectives normales de l'immigration<sup>7</sup>.

L'intégration reposerait, quant à elle, sur une dynamique d'échange telle que « chacun accepte de se constituer partie du tout et s'engage à respecter l'intégrité de l'ensemble »<sup>8</sup>. Pour le Haut Conseil à l'intégration – institution sur laquelle on reviendra plus loin –, l'intégration serait « un processus dynamique et inscrit dans le temps d'adaptation à notre société de l'étranger qui a l'intention d'y vivre [postulant] la participation des différences à un projet commun et non, comme l'assimilation, leur suppression ou, à l'inverse, comme l'insertion, la garantie protectrice de leur pérennisation »<sup>9</sup>.

Ces précautions sémantiques ne sont compréhensibles que si on se rappelle que les mots ne sont pas neutres mais idéologiquement connotés, de

---

<sup>7</sup> Significatif à cet égard est le rapport rédigé sous l'égide du Secrétariat d'État aux travailleurs immigrés et paru en 1977 sous le titre *La nouvelle politique de l'immigration*. Affirmant que « tout doit être fait pour aider à l'insertion et à la promotion des immigrés », ce qui suppose notamment l'égalité des droits avec les travailleurs français, le droit à un cadre de vie décent et le droit à la promotion personnelle et professionnelle, il insiste en même temps sur le libre choix du travailleur immigré de faire venir ou non sa famille, sur la nécessité de l'aider à préserver son identité et sur le « problème » du retour.

<sup>8</sup> Jacqueline Costa-Lascoux, *op. cit.*

<sup>9</sup> Haut Conseil à l'intégration, *L'intégration à la française*, Paris, 10-18, 1993, p. 8. Revenant sur la définition de l'intégration des années plus tard, il précise encore qu'elle n'est ni l'assimilation, car elle ne vise pas à réduire toutes les différences, ni l'insertion, car elle ne se limite pas à aider des individus à atteindre des standards socio-économiques satisfaisants... quitte à leur ménager un compartiment où ils puissent vivre sans contact avec la société d'accueil (*Le bilan de la politique d'intégration, 2002-2005*, La Documentation française, 2006). On peut citer dans le même sens la communication de la Commission à laquelle il a été fait allusion plus haut (COM (2005) 389 final, 1<sup>er</sup> septembre 2005 relative à un programme commun pour l'intégration des ressortissants de pays tiers) : on y lit notamment que « l'intégration est un processus dynamique à double sens, de compromis réciproque entre tous les immigrants et résidents des États membres ».

sorte qu'ils signifient bien plus que ce que la définition des dictionnaires pourrait suggérer.

Françoise Gaspard s'est ainsi livrée à une investigation très éclairante sur l'évolution des mots utilisés pour désigner « le processus qui consiste à reconnaître comme membre de la communauté nationale quelqu'un qui vient d'ailleurs », une fois évacué le mot tabou d'assimilation<sup>10</sup>. En s'appuyant sur les débats parlementaires, les discours des ministres et les circulaires, elle a mis en lumière la circulation des termes entre la gauche et la droite depuis la fin des années 70 jusqu'au début des années 90 : « à chaque camp, son mot, à chaque mot son moment », constate-t-elle. Si la « nouvelle politique d'immigration » présentée par Paul Dijoud, en 1976, fait essentiellement référence à l'insertion, la droite, à la fin des années 70, commence à utiliser le terme d'intégration comme substitut de l'assimilation. La gauche, quant à elle, prône l'insertion sociale des travailleurs immigrés puis, plus largement, l'insertion sociale et culturelle des résidents étrangers. Après 1981, le terme d'« insertion » se diffuse dans l'administration : la circulaire sur les contrats d'agglomération du 17 juin 1983 évoque l'objectif prioritaire que constitue « l'insertion sociale des communautés étrangères », le décret réformant le FAS (Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles) précise qu'il doit concourir à l'insertion sociale des travailleurs et de leurs familles, on met en place des « commissions régionales pour l'insertion des populations immigrées » (CRIPI).

Le discours officiel n'est pas très différent, au demeurant, de celui qu'on trouvait dans le rapport Dijoud. Faisant, en 1986, le bilan de la politique menée par la gauche, la Direction de la population et des migrations la présentait en ces termes : « cette politique est fondée sur une idée simple : nous ne pouvons pas accueillir davantage d'étrangers sur notre sol, mais nous devons nous efforcer de permettre à ceux qui vivent dans notre pays de s'y insérer dans les meilleures conditions possibles [...]. Le rôle des pouvoirs publics est de favoriser les conditions de cette insertion sans supprimer ni privilégier l'identité des diverses communautés immigrées ».

On peut expliquer cette préférence pour l'insertion par l'importance donnée par la gauche à l'économique et au social et par le fait que le « travailleur immigré » reste pour elle la figure par excellence du migrant (la grande régularisation de 1981-82 est justifiée par la nécessité de rendre justice à ceux

---

<sup>10</sup> Françoise Gaspard, « Assimilation, insertion, intégration : les mots pour « devenir français » », *Hommes et migrations*, mai 1992.

qui ont apporté à la France leur force de travail). On peut y voir également l'effet d'une certaine sympathie pour la thématique du droit à la différence<sup>11</sup>.

C'est encore l'« insertion » qui donne son titre au rapport élaboré sous l'égide du Commissariat au Plan, commandé en février 1986 par le gouvernement socialiste de Laurent Fabius et rendu public pendant la première cohabitation, en juillet 1988 : « Immigrations, le devoir d'insertion »<sup>12</sup>. C'est le terme le moins connoté, font valoir les auteurs pour justifier leur choix, et son succès s'explique par le fait qu'elle met l'accent sur le respect de l'autre, sur l'autonomie des composantes et la liberté de chacune d'entre elles de se délier si nécessaire.

Mais, dans l'intervalle, le parti socialiste a abandonné l'insertion au profit de l'intégration – terme qui figure dans la plateforme pour les législatives de 1986 –, tandis que Jacques Chirac, alors Premier ministre, et Philippe Seguin, ministre des Affaires sociales, se mettent, eux, à parler d'insertion – sans pour autant renoncer à utiliser le mot d'intégration. Cette « cohabitation » entre les deux termes concurrents est toutefois de courte durée et le second est en passe de l'emporter définitivement<sup>13</sup>. Avec le retour de la gauche au pouvoir, en juin 1988, le mot intégration devient le terme officiellement consacré pour parler de l'immigration sédentarisée. Claude Evin, ministre de la Solidarité nationale du gouvernement Rocard, le dit de façon on ne peut plus explicite dans un discours prononcé devant le conseil d'administration du FAS : « les étrangers qui résident actuellement en France y resteront, chacun en est aujourd'hui conscient ; parlons donc maintenant d'intégration plutôt que d'insertion »<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> En ce sens, v. Philippe Bernard, *L'immigration. Les enjeux de l'intégration*, Marabout-Le Monde, 1998, p. 127-134. Cette thématique connaît son point d'orgue lors de la deuxième « Marche des Beurs », « Convergences 84 », revendiquant à la fois l'égalité des droits et le droit à la différence et qui prend pour slogan : « La France, c'est comme une mobylette. Pour avancer il lui faut du mélange ».

<sup>12</sup> Stéphane Hessel, Gilles Johanet, Paul Schiettecatte, Claire Guignard-Hamon, *Immigrations : le devoir d'insertion*, Rapport du Commissariat général du Plan, Paris, La documentation française, 1988.

<sup>13</sup> Caractéristique à cet égard est la circulaire du 29 janvier 1988 sur les contrats d'agglomération, citée par Françoise Gaspard : naguère présentés comme visant à l'insertion sociale des communautés étrangères, ils doivent désormais viser à « susciter une approche d'ensemble des problèmes d'intégration à partir d'un bilan global de la situation des populations immigrées de l'agglomération ».

<sup>14</sup> Discours prononcé le 22 novembre 1988, *Actualités-Migrations*, revue de l'OMI, n° 253, 21-25 novembre 1988.

À ce stade, c'est donc la prise de conscience de la sédentarisation durable de la population immigrée – prise de conscience qui est également à l'origine de la loi du 17 juillet 1984 sur la carte de résident (voir *infra*) – qui explique que l'intégration, plus exigeante que la simple insertion, soit érigée en objectif de l'action publique.

Mais la conversion à l'« intégration » va être alimentée aussi par des raisons plus directement idéologiques. L'affaire dite du « foulard islamique »<sup>15</sup> achève en effet de faire peser le discrédit sur toute revendication d'un droit à la différence et met au premier plan le respect par tous de certaines valeurs, à commencer par la laïcité. Le mot « intégration » avait été éclipsé, suggère Philippe Bernard, parce qu'il exprimait l'idée d'exigences réciproques pour les immigrés comme pour la société d'accueil : il revient en force précisément parce que ces obligations apparaissent de plus en plus nettement<sup>16</sup>.

Cette affaire – la concomitance des dates l'atteste – va jouer un rôle déterminant dans « le passage du discours à l'institutionnalisation », selon la formule de Françoise Gaspard, institutionnalisation qui se manifeste par la nomination d'un Secrétaire général à l'intégration, la création d'un Comité interministériel à l'intégration et la mise en place d'un Haut Conseil à l'intégration<sup>17</sup>. Entre 1991 et 1997 l'organigramme gouvernemental comportera – presque sans interruption – soit un ministre, soit un secrétaire d'État chargé de l'intégration<sup>18</sup>. Dix ans plus tard on assistera à la création d'un ministère « de l'immigration, de l'intégration et de l'identité nationale »,

---

<sup>15</sup> Cette « affaire » naît de la décision, en octobre 1989, d'exclure d'un collège trois jeunes filles portant le foulard. Cette décision suscite un vif débat politique et médiatique qui, au-delà du principe de laïcité et de la condition des femmes, met en jeu la place de l'Islam et des musulmans – et donc nécessairement des immigrés – dans la société française.

<sup>16</sup> Philippe Bernard, *op. cit.*

<sup>17</sup> Un décret du 6 décembre 1989 crée un comité interministériel à l'intégration dont le secrétariat est assuré par un secrétaire général à l'intégration. Un décret du 18 décembre 1989 crée un Haut conseil à l'intégration chargé « de donner son avis et de faire toute proposition utile [...] sur l'ensemble des questions relatives à l'intégration des résidents étrangers ou d'origine étrangère ».

<sup>18</sup> Jean-Louis Bianco est ministre des Affaires sociales et de l'intégration (1991-92) ; lui succède René Teulade à qui est rattaché un secrétaire d'État à l'intégration confié à Kofi Yamgnagne. Après une interruption entre 1993 et 1995 Eric Raoult est nommé ministre chargé de l'intégration et de la lutte contre l'exclusion avant de devenir ministre délégué à la Ville et à l'intégration avec à ses côtés Halaoui Mekachera, secrétaire d'État à l'intégration.



intitulé ambigu en ce qu'il associe immigration et identité nationale et qui sera pour cette raison âprement critiqué – on y reviendra plus loin.

L'« intégration » – notion qui semble faire désormais consensus au sein de la classe politique – est donc consacrée officiellement dans les textes et les institutions dans un contexte marqué par la dénonciation d'un islam conquérant et des communautarismes qui menaceraient la tradition républicaine.

C'est sur ce même fond de crainte de l'Islam que se déroule en 1993 le débat parlementaire sur la réforme du code de la nationalité dont l'objet principal est de supprimer l'acquisition automatique de la nationalité française à 18 ans par les étrangers nés en France pour la subordonner à une manifestation de volonté. On entend députés et sénateurs constater que « l'intégration est d'autant plus difficile aujourd'hui que de plus en plus les étrangers qui vivent en France viennent de pays différents de ceux dont ils venaient dans le passé » ou encore que « d'une immigration européenne proche culturellement, et donc facilement assimilable, nous sommes passés à une immigration dont l'intégration s'est révélée plus difficile en raison précisément de différences historiques et culturelles profondes »<sup>19</sup>. Quand les parlementaires parlent d'« intégration », ils la conçoivent manifestement ici comme un équivalent de l'« assimilation ».

Il est important d'avoir à l'esprit ce contexte si l'on veut comprendre l'évolution ultérieure du discours tenu sur l'intégration des immigrés et ses torsions successives sur lesquelles on reviendra plus loin.

## II. FLUX ET REFLUX D'UNE POLITIQUE:

### L'INTÉGRATION, OBJECTIF À ÉCLIPSE DE L'ACTION PUBLIQUE

L'insertion, puis l'intégration, n'ont jamais cessé d'être l'objectif officiel des politiques d'immigration, censées marcher sur deux pieds : la maîtrise des flux migratoires et la lutte contre l'immigration clandestine, d'un côté, l'intégration de la population immigrée en situation régulière, de l'autre.

Lorsque Paul Dijoud, secrétaire d'État aux travailleurs immigrés au début du septennat de Valéry Giscard d'Estaing, définit en 1976 les objectifs de « la nouvelle politique d'immigration », il ne manque pas de mettre en avant la nécessité d'ouvrir à l'insertion des immigrés dans la société

---

<sup>19</sup> Pour une analyse plus détaillée de ces débats, v. Danièle Lochak, « Usages et mésusages d'une notion polémique: l'identité nationale dans le débat sur la réforme du code de la nationalité, 1985-1993 » in CURAPP, *L'identité politique*, Paris, PUF, 1994, p. 305-323.

française. Vont en ce sens l'officialisation, en 1976, du droit au regroupement familial, et l'assouplissement en 1975 des conditions auxquelles est subordonnée l'éligibilité aux fonctions de représentant du personnel dans l'entreprise et l'exercice de mandats syndicaux<sup>20</sup>.

Mais il faut attendre l'arrivée de la gauche au pouvoir pour que cette préoccupation soit plus nettement prise en compte. A côté des mesures visant à assurer l'égalité des droits aux travailleurs étrangers<sup>21</sup>, l'idée dominante est que la « politique d'insertion des communautés immigrées »<sup>22</sup> passe notamment par l'aide apportée aux collectivités locales : ce qui caractérise la politique menée à cette époque, c'est en effet l'approche territoriale et la préférence pour des mesures qui ne soient pas ciblées spécifiquement sur la population immigrée.

Sont ainsi mises en place des « zones d'éducation prioritaires » (ZEP), destinées à lutter contre l'échec scolaire en donnant des moyens supplémentaires aux établissements accueillant une proportion importante d'élèves d'origine étrangère. La politique de développement social des quartiers (DSQ) vise, quant à elle, à lutter globalement contre l'exclusion et la ghettoïsation des quartiers défavorisés, ce qui inclut des actions en faveur des populations immigrées. Les contrats d'agglomération, passés entre l'État et les villes petites et moyennes doivent inciter celles-ci, grâce à des moyens financiers supplémentaires, à mieux prendre en compte les besoins de la population immigrée (incluant le logement, l'insertion sociale et professionnelle des jeunes, les actions en faveur des femmes, les aspects culturels).

Mais la politique de la ville s'essouffle avant de subir un coup d'arrêt en 1986, pendant la période de cohabitation où la droite est au pouvoir. Elle reprend timidement au début de l'année 1988 avec la relance des contrats d'agglomération dont une circulaire du 29 janvier rappelle qu'ils « constituent une des procédures les plus efficaces pour développer la politique d'intégration de populations immigrées ».

---

<sup>20</sup> La loi du 11 juillet 1975 remplace l'exigence de « savoir lire et écrire en français » par celle de « pouvoir s'exprimer en français » pour siéger dans un comité d'entreprise ou être délégué du personnel. Elle donne aux salariés étrangers, sous certaines conditions, le droit d'exercer des fonctions d'administration ou de direction d'un syndicat.

<sup>21</sup> La loi du 28 octobre 1982 supprime toutes les conditions restrictives qui subsistaient pour l'accès aux fonctions de représentation dans l'entreprise et pour l'exercice de fonctions syndicales.

<sup>22</sup> C'est en ces termes qu'elle est désignée par François Autain, secrétaire d'État aux immigrés, en décembre 1982.

L'affaire du foulard, à l'automne 1989, va provoquer l'inscription – durable, cette fois – de l'intégration sur l'agenda gouvernemental. Le spectre de l'intégrisme islamique, agité non seulement par la droite mais également dans des cercles influents de la gauche, les incidents répétés dans les banlieues, d'un côté, la poussée du Front national aux élections législatives partielles, de l'autre, obligent le gouvernement à réagir. C'est à ce moment-là que sont mises en place les structures déjà évoquées plus haut: un Comité interministériel à l'intégration, chargé de « définir, d'animer et de coordonner la politique du gouvernement en matière d'intégration des résidents étrangers ou d'origine étrangère », un secrétariat général à l'intégration, un Haut Conseil de l'intégration, enfin, composé d'experts et d'hommes politiques de différentes sensibilités, investi d'une tâche de réflexion.

Des mesures en faveur de l'intégration sont annoncées, dont l'inspiration reprend la philosophie qui avaient présidé à la politique suivie quelques années plus tôt, privilégiant l'approche territoriale, non ciblée spécifiquement sur la population immigrée. Sous le titre « Actions dans les quartiers, 60 sites pour l'intégration » l'objectif est de mettre en œuvre, dans soixante sites pilotes, une « intégration globale » et de résorber les poches d'exclusion sociale en finançant des programmes d'intégration tous azimuts: soutien scolaire, assistance administrative pour les étrangers primo-arrivants, animation sportive, aide linguistique, services de proximité, permanences juridiques, etc.

La politique d'intégration s'inscrit donc délibérément dans la politique de la ville qui, « si elle ne s'adresse pas aux populations immigrée de façon spécifique, n'en est pas moins un des axes majeurs de l'action gouvernementale dans la lutte contre les difficultés d'intégration de celles-ci », lit-on dans la très officielle revue de l'Office des Migrations Internationales. La circulaire du 10 avril 1991 relative aux contrats d'agglomération rappelle la volonté du gouvernement de « faire de l'intégration des populations étrangères un élément important de la politique de la ville » et cite parmi les priorités d'intervention l'accueil des populations étrangères dans les services publics, l'accueil et le suivi des familles primo-arrivantes, l'accompagnement scolaire, le développement de la vie associative et l'expression des populations immigrées au sein de commissions extra-municipales. Le dernier acte important de la gauche est le vote de la loi d'orientation sur la ville, dite « loi anti-ghetto », du 13 juillet 1991.

La période 1993-1996 est une période creuse pendant laquelle l'expression publique sur l'intégration se limite en gros à la parution – irrégulière

– des rapports du Haut conseil à l'intégration<sup>23</sup>. À la fin de l'année 1996 est toutefois annoncée une relance de la politique d'intégration. Éric Raoult, ministre délégué à la ville et à l'intégration, présente en mars 1997 un « programme d'action en faveur de l'intégration » : remise aux nouveaux arrivants un « contrat d'intégration » (conçu à l'époque simplement comme un guide bilingue des droits et devoirs et des règles de vie en France) ; encouragement de l'apprentissage du français ; accompagnement scolaire ; restructuration des foyers de travailleurs migrants ; parrainage pour l'emploi des jeunes ; lutte contre les discriminations ; amélioration des procédures de naturalisation. La défaite de la droite aux législatives de 1997 ne permettra pas de tester si, au-delà de l'effet d'annonce auquel fait penser cet inventaire de mesures hétérogènes<sup>24</sup>, il y avait une réelle volonté d'agir.

Le rapport du Haut Conseil à l'intégration intitulé « Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité », en 1998<sup>25</sup>, marque une rupture dans le discours sur l'intégration : l'accent est mis désormais sur les discriminations – et sur les discriminations fondées non plus sur la nationalité mais sur l'origine, autrement dit les discriminations raciales. L'existence de ces discriminations montre l'insuffisance d'une politique d'intégration qui ne doit plus viser exclusivement la population étrangère mais prendre en considération la situation des immigrés de la « seconde », voire de la « troisième » génération. Le rapport du Haut Conseil prélude à une forte mobilisation des pouvoirs publics : mise en place des « commissions départementales d'accès à la citoyenneté » (CODAC)<sup>26</sup>, création du Groupe d'étude sur les discriminations (qui deviendra par la suite le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations), organisation des « Assises de la citoyenneté et de la lutte contre les discriminations » en mars 2000. Cette mobilisation trouvera son aboutissement législatif et institutionnel avec le vote de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations et la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations

<sup>23</sup> Deux rapports en 1991, trois en 1992, mais aucun en 1993 et en 1994.

<sup>24</sup> « Intégration, le programme minimum », titre le journal *Le Monde* du 27 mars 1997, sous la plume de Philippe Bernard.

<sup>25</sup> Haut Conseil à l'intégration, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1998.

<sup>26</sup> Leurs missions sont définies de la façon suivante : - lutter contre les formes de discriminations dont les jeunes issus de l'immigration peuvent être victimes, notamment dans les domaines de l'emploi, du logement et des loisirs ; - se saisir des pratiques discriminatoires effectives qu'elle observera ou dont elle sera informée.

et pour l'égalité (HALDE) – dont le champ dépasse au demeurant largement celui de la discrimination raciale. Le FAS<sup>27</sup> (Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles), rebaptisé FASILD (Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations) voit ses missions élargies au-delà des populations étrangères : il doit « favoriser [...] l'intégration des populations immigrées ainsi que des personnes issues de l'immigration et de contribuer à la lutte contre les discriminations dont elles pourraient être victimes, tenant en particulier à leur race, à leur religion ou à leurs croyances ».

Si la politique de lutte contre les discriminations sort renforcée de ces réformes, il faut toutefois relever que ce déplacement de la cible prioritaire et l'accent mis sur les discriminations dont sont victimes des citoyens français ont pour contrepartie de détourner l'attention du sort des étrangers et des discriminations spécifiques qui les frappent. En témoigne, parmi d'autres exemples, l'indifférence des gouvernements de gauche comme de droite face à la question dite des « emplois fermés » - on entend par là les emplois pour lesquels est exigée la nationalité française ou celle d'un État membre de l'Union européenne – et cela malgré la dénonciation réitérée de cet état de choses et les propositions de réformes formulées dans de multiples rapports<sup>28</sup>.

### III. INTÉGRER OU CONTRÔLER : LES LOIS DE POLICE CONTRE L'INTÉGRATION

Dans les discours, la politique d'immigration a toujours été présentée comme comportant deux volets : le contrôle des flux migratoires, d'une part, l'insertion ou l'intégration de la population immigrée régulièrement présente sur le territoire, de l'autre. Mais non seulement ce second volet a été systématiquement sacrifié au premier, mais le premier a été présenté tout aussi constamment comme la condition, et donc le préalable du second. Or l'expé-

---

<sup>27</sup> Le FAS, établissement public administratif placé sous la tutelle du ministre des Finances et du ministre des Affaires sociales, avait pour mission de « favoriser au niveau national comme au niveau local l'insertion sociale et professionnelle des travailleurs immigrés et de leurs familles par la mise en œuvre d'une action sociale et de programmes sociaux ».

<sup>28</sup> Pour s'en tenir aux plus anciens on peut citer le rapport réalisé par un cabinet privé, Bernard Brunhes Consultants, à la demande du ministère de l'emploi et de la solidarité et remis en novembre 1999, « Les emplois de secteur privé fermés aux étrangers » ou encore le rapport du GELD (Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations), « Une forme méconnue de discrimination: les emplois fermés aux étrangers », note n° 1, mars 2000.

rience montre qu'une politique de plus en plus répressive, en dehors même du fait qu'elle mobilise les énergies et les crédits au détriment de la politique d'intégration, produit nécessairement des effets désintégrateurs en engendrant insécurité et précarité, en désignant la population immigrée comme étant « en trop », en encourageant la suspicion et, au-delà, la xénophobie. Refaire à nouveau le chemin parcouru depuis 1974, date à laquelle l'immigration de main-d'œuvre est officiellement « suspendue », mais en mettant cette fois l'accent sur l'évolution des lois de police, est à cet égard instructif.

Dès 1976, comme on l'a rappelé plus haut, la « nouvelle politique de l'immigration » insiste sur la nécessité d'assurer une meilleure insertion des immigrés dans la société française. Mais cette volonté d'insertion ne se traduit guère dans les faits, contrairement à l'autre volet de cette politique, axé sur le contrôle des flux migratoires. Conjuguée avec les préoccupations sécuritaires, elle se concrétise, notamment à partir de la seconde moitié du septennat de Valéry Giscard d'Estaing, par la multiplication des contrôles sur la voie publique, les opérations « coup de poing »<sup>29</sup>, le refoulement massif d'étrangers en situation irrégulière, d'abord en marge de la loi, puis légalisé par la loi du 10 janvier 1980, dite « loi Bonnet », du nom du ministre de l'intérieur de l'époque. Cette loi autorise de surcroît à enfermer les étrangers pour permettre leur départ effectif. Indistinctement tournée vers la répression des clandestins et des délinquants, cette politique favorise l'amalgame entre immigration et clandestinité et entre clandestinité et délinquance.

C'est en termes de rupture que s'inaugure la politique de la gauche à l'issue de sa victoire électorale de mai 1981. On ne parle plus de renvoyer chez eux ceux qui sont au chômage, mais on proclame au contraire le droit de demeurer pour les immigrés installés en France. Une série de mesures concrètes viennent traduire dans les faits le nouveau discours gouvernemental : une procédure de régularisation exceptionnelle est engagée ; les dispositions de la loi Bonnet sont abrogées et des garanties nouvelles sont introduites en matière d'éloignement, qui protègent notamment les étrangers ayant des attaches en France<sup>30</sup> ; le régime dérogatoire des associations

---

<sup>29</sup> On appelle ainsi les opérations de police par lesquelles des étrangers sont contrôlés et, s'il s'avère qu'ils sont en situation irrégulière, immédiatement reconduits à la frontière. À l'époque, ces opérations se font en dehors de tout fondement légal, qu'il s'agisse du contrôle initial ou de la reconduite forcée à la frontière.

<sup>30</sup> Ainsi, par exemple, l'expulsion ne peut être prononcée que si l'étranger a été condamné à une peine au moins égale à un an de prison ferme ; les garanties de procédure

étrangères qui remontait à un décret-loi de 1939 et qui les soumettait à un contrôle étroit du ministre de l'Intérieur est supprimé – ce qui donnera un élan spectaculaire au développement du mouvement associatif immigré ; l'égalité des droits entre travailleurs étrangers et français dans l'entreprise est consacrée. Ceci n'empêche cependant pas le gouvernement de faire marche arrière sur la question du droit de vote des étrangers aux élections locales, qui figurait pourtant parmi les 110 propositions du candidat Mitterrand et qui faisait sens dans le cadre d'une politique fondée sur l'égalité des droits.

Mais il convient aussi de souligner l'importance de la loi du 17 juillet 1984. En créant la carte de résident, qu'a vocation à obtenir tout étranger qui réside en France régulièrement depuis plus de trois ans et qui est délivrée de plein droit à tous ceux qui ont des attaches personnelles ou familiales en France, en reconnaissant au titulaire de cette carte, valable dix ans et renouvelable automatiquement, le droit d'exercer sur l'ensemble du territoire la profession de son choix, cette réforme opère dans le droit de l'immigration une rupture dont la portée symbolique est aussi importante que la portée pratique: elle signifie que les immigrés ne sont plus considérés comme un simple volant de main-d'œuvre mais comme une composante durable de la société française.

Pour spectaculaire qu'elle soit, la rupture avec le passé ne saurait masquer la continuité du raisonnement et des pratiques sur un certain nombre de points. Le contrôle aux frontières est non seulement maintenu mais renforcé. Les peines encourues pour entrée et séjour irréguliers sont aggravées, et la loi maintient en vigueur deux dispositions parmi les plus contestées de la loi Bonnet: la faculté de reconduire de force à la frontière l'étranger expulsé, et la possibilité de « maintenir » les étrangers en instance de départ forcé dans des locaux placés sous surveillance policière jusqu'à leur départ effectif.

Un premier infléchissement de la tendance libérale se manifeste dès la fin de l'année 1982, une fois l'opération de régularisation exceptionnelle achevée, lorsque le gouvernement proclame son intention de sévir contre les

---

entourant l'expulsion sont accrues; les étrangers en situation irrégulière ne peuvent être reconduits à la frontière qu'après un jugement et non plus par la voie administrative; les étrangers mineurs ne peuvent plus faire l'objet d'une mesure d'éloignement, et ceux qui ont des attaches personnelles ou familiales en France ne peuvent être expulsés qu'en cas d'urgence absolue, lorsque la mesure constitue « une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou pour la sécurité publique ».

étrangers qui se maintiennent illégalement sur le territoire. Mais le véritable tournant intervient après les élections municipales de mars 1983 qui marque l'entrée de l'extrême droite dans le jeu électoral. Sous l'impulsion de cette extrême-droite, la question de l'immigration devient l'objet de constantes surenchères: d'où un engrenage dans lequel la gauche se laisse prendre et qui va largement déterminer à partir de cette époque l'attitude du gouvernement vis-à-vis des immigrés. Le nouveau discours officiel, inauguré par une déclaration de François Mitterrand au Conseil des ministres du 31 août 1983, s'articule tout entier sur une opposition entre les immigrés installés, « qui font partie de la réalité nationale » et dont il faut favoriser l'insertion, et les clandestins qu'il faut « renvoyer », et contre lesquels il est d'autant plus légitime de sévir qu'ils risquent de gêner l'insertion de la population immigrée en situation régulière.

La droite, revenue au pouvoir en mars 1986, prend une série de mesures dont l'effet déstabilisateur sur la population immigrée est indéniable. La loi du 9 septembre 1986, dite loi Pasqua, restreint la liste des étrangers qui obtiennent de plein droit une carte de résident ou qui sont protégés contre les mesures d'éloignement du territoire. Parallèlement, un projet de réforme du code de la nationalité entend supprimer, pour les jeunes nés en France, l'accès automatique à la nationalité française à l'âge de dix-huit ans, et par là la garantie de pouvoir y demeurer quoi qu'il advienne. Directement inspiré par l'extrême-droite et par l'idée que les étrangers représentent une menace pour l'identité nationale<sup>31</sup>, ce projet échouera pour des raisons conjoncturelles<sup>32</sup>.

Le retour au pouvoir de la gauche, en 1988, est marqué par un certain attentisme sur les questions d'immigration. La « loi Joxe », finalement promulguée le 2 août 1989, revient à l'esprit des textes votés en 1981 et 1984 en ce qui concerne l'attribution de plein droit de la carte de résident et la protection contre l'expulsion des personnes ayant des attaches personnelles ou familiales en France. L'affaire du foulard, fin 1989, relance,

<sup>31</sup> V. Danièle Lochak, « Usages et mésusages d'un concept polémique: l'identité nationale dans le débat sur la réforme du code de la nationalité, 1985-1993 », *op. cit.*

<sup>32</sup> Aux prises avec des manifestations étudiantes dirigées contre un projet de réforme des études universitaires et qui se radicalisent après le décès d'un jeune homme battu par la police, le gouvernement juge opportun de retirer le projet de loi sur la nationalité. Pour éviter de donner l'impression d'y renoncer purement et simplement, il met en place une commission présidée par le vice-président du Conseil d'État, dont le rapport servira de référence à la réforme de 1993, menée cette fois à bien.



comme on l'a rappelé plus haut, la question de l'intégration, mais dans un contexte – l'agitation du spectre de l'Islam et du communautarisme – peu propice à la réalisation de l'objectif proclamé, même si la position adoptée par le gouvernement sur le port du foulard vise à calmer le jeu<sup>33</sup>. Mais, comme toujours, l'annonce des mesures prises pour favoriser l'intégration place, de façon symptomatique, la maîtrise des flux migratoires parmi les priorités de l'action gouvernementale, avant l'habitat et l'école<sup>34</sup>.

Également significatif est le nombre de propositions émanant du Haut Conseil à l'intégration qui vont dans le sens d'une restriction des droits accordés des étrangers: suppression de la protection sociale pour les étrangers en situation irrégulière, subordination du droit de se marier à la régularité du séjour en France, nécessité de rendre plus effectives les mesures de reconduite à la frontière, suppression de la carte de résident pour les polygames. Toutes ces propositions ne seront pas reprises par le législateur, mais la première et la dernière seront mises en vigueur par la loi Pasqua de 1993.

Celle-ci, seconde du nom, ne se contente pas de renforcer le dispositif répressif visant à éloigner du territoire les étrangers en situation irrégulière mais limite le droit au séjour de nombreuses catégories d'étrangers. Les possibilités de regroupement familial sont restreintes et des sanctions sévères menacent ceux dont la famille se maintient irrégulièrement sur le territoire; les mariages entre Français et étrangers sont placés sous haute surveillance, les maires recevant de nouveaux pouvoirs pour faire obstacle aux mariages qu'il soupçonnent d'être de complaisance; le droit au séjour des conjoints de Français est limité; les personnes entrées en France alors qu'elles étaient enfants se voient retirer la garantie de pouvoir y demeurer après leur majorité; les étrangers en situation irrégulière perdent tout droit aux prestations de sécurité sociale, même s'ils ont travaillé et cotisé plusieurs années.

---

<sup>33</sup> Le ministre de l'Éducation nationale, Lionel Jospin, soutenu par le Premier ministre, Michel Rocard, prend position contre l'exclusion. Sur la base d'un avis nuancé rendu par le Conseil d'État le 27 novembre 1989, qui déclare que le port du foulard n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité et qu'il doit donc être admis sous certaines conditions, le ministre adresse aux chefs d'établissement une circulaire indiquant la marche à suivre lorsqu'ils sont confrontés à la question. Le vote à la quasi-unanimité, quinze ans plus tard, de la loi du 15 mars 2004 interdisant le port du foulard dans les écoles, collèges et lycées traduit le raidissement de l'opinion et de la classe politique sur la question de l'Islam.

<sup>34</sup> *Le Monde*, 7 décembre 1989.

La loi Chevènement, votée en 1998, tout en atténuant les effets déstabilisateurs de la loi Pasqua, prolonge une évolution qui grignote progressivement les acquis de la loi de 1984 et remet en cause le droit au séjour stable et quasi-inconditionnel que l'on avait garanti à l'époque à tous ceux qui avaient des attaches en France. Elle systématise en effet la délivrance de cartes de séjour temporaires, y compris aux étrangers qui ont des attaches en France, au détriment du statut de résident.

#### IV. L'AMALGAME ENTRE L'INTÉGRATION ET LES LOIS DE POLICE.

Les deux lois Sarkozy du 26 novembre 2003 et du 24 juillet 2006 s'inscrivent dans cette continuité en privant de nouvelles catégories d'étrangers d'un accès de plein droit à la carte de résident. Mais elles innovent en ce qu'elles prennent prétexte de la nécessaire intégration des étrangers pour justifier leur maintien dans une situation précaire aussi longtemps qu'ils n'ont pas donné des gages d'intégration. Autrement dit, l'intégration non seulement continue à être entravée par l'effet des lois de police qui engendrent toujours plus de précarité, mais elle fait à son tour obstacle à l'accès à un titre de longue durée. L'amalgame entre lois de police et intégration est désormais ouvertement assumé.

#### *L'intégration, alibi de la précarisation du droit au séjour*

La carte de résident « doit être réservée à ceux qui ont prouvé une réelle volonté d'intégration, car l'on ne peut demander à la société française de vous accueillir pendant une longue période et ne pas avoir le souci de s'y intégrer », déclarait Nicolas Sarkozy, ministre de l'Intérieur, pour justifier les nouvelles règles législatives.

L'intégration fonctionne donc comme une injonction adressée aux nouveaux immigrants dans un contexte marqué par la thématique de l'opposition entre l'immigration subie, qui n'inclut pas seulement, aux yeux du promoteur de la formule, l'immigration clandestine, mais aussi le regroupement familial et l'asile, et l'immigration choisie – choisie « en fonction des besoins de notre économie et de nos capacités d'intégration ». Tandis qu'il convient d'encourager la seconde, il est en somme naturel d'imposer à la première des contraintes, d'autant plus nécessaires que rôde le spectre du communautarisme car, comme l'affirme encore Nicolas Sarkozy devant les députés : « des communautés issues de l'immigration s'organisent pour résister à l'intégration républicaine par des pratiques endogames », « des

jeunes françaises issues de l'immigration sont mariées de force à l'étranger », des jeunes femmes étrangères, mariées et installées en France, sont privées de l'accès à la langue française, à la formation.

C'est donc pour contenir ces tendances communautaristes, explique-t-on, que la notion d'intégration dans la société française doit devenir une condition d'accès à la carte de résident. L'intégration fait figure de « sas » à travers lequel s'opère le passage de l'immigration subie à l'immigration choisie.

Par conséquent, en mettant en avant l'intégration, les lois récentes ne visent nullement à faire à la population immigrée une place dans la société française. Tout au contraire, l'injonction stigmatisante adressée à cette partie de la population ne peut avoir pour effet que de l'enfermer un peu plus dans une situation de précarité et de vulnérabilité qui, à coup sûr fait obstacle à toute véritable intégration.

La réforme du régime des cartes de résident, réalisée en deux temps, comporte deux volets étroitement articulés. D'un côté, l'accès de plein droit à la carte de résident, qui concernait à l'origine tous les étrangers ayant des attaches en France, devient résiduel : la loi de 2003 l'avait déjà exclu pour les membres de famille et les parents d'enfants français ; la loi de 2006 le supprime pour les conjoints de Français ainsi que pour les étrangers résidant régulièrement en France depuis plus de dix ans. De l'autre, on subordonne la délivrance de la carte de résident « à l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française ». Et là où la loi de 2003 prévoyait que cette condition serait appréciée « notamment au regard de sa connaissance de la langue française et des principes qui régissent la République française », la loi de 2006 exige qu'il s'engage personnellement à les respecter et qu'il les respecte effectivement. L'obtention de la carte de résident récompense en somme un comportement jugé conforme aux principes de la République française : liberté, égalité, ... laïcité<sup>35</sup>.

Par ailleurs, tout étranger admis pour la première fois au séjour en France et qui souhaite s'y maintenir durablement doit conclure un « contrat d'ac-

---

<sup>35</sup> Les exigences sous-jacentes à la notion d'« intégration républicaine » se retrouvent logiquement dans les dispositions concernant la naturalisation, puisqu'on ne peut pas exiger moins des candidats à la nationalité française que de ceux qui sollicitent une carte de séjour : pour vérifier la condition d'assimilation, on ne testera plus seulement la connaissance suffisante de la langue française, mais aussi la connaissance « des droits et des devoirs conférés par la nationalité française ».

cueil et d'intégration » par lequel il s'oblige à suivre, si nécessaire, une formation linguistique, et dans tous les cas une formation civique comportant une présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité. Il est tenu compte, lors du renouvellement de la carte de séjour, du respect de ce contrat.

La logique qui avait présidé à la création de la carte de résident en 1984 se trouve ainsi inversée: la garantie de stabilité du séjour avait été considérée comme un facteur favorisant l'intégration ; désormais l'étranger doit prouver qu'il est intégré pour obtenir un droit au séjour stable, et il est maintenu dans une situation précaire aussi longtemps qu'il n'a pas donné des gages d'intégration.

D'une façon générale, poursuivant le mouvement de précarisation du droit au séjour engagé depuis 1993, les réformes intervenues depuis 2003 parachèvent l'inversion de la hiérarchie des titres instaurée en 1984. La carte de résident avait vocation à être le titre de séjour de droit commun, alors que la carte de séjour temporaire était réservée aux étrangers venant en France pour une durée limitée ou ne remplissant pas les conditions pour obtenir la carte de résident ; désormais, c'est la carte de séjour temporaire qui apparaît comme le titre de droit commun, tandis que l'accès à la carte de résident est de plus en plus étroitement contrôlé et soumis à l'appréciation discrétionnaire du préfet. Car la loi est muette sur les éléments concrets qui fondent l'appréciation du préfet, ce qui renforce l'incertitude quant aux chances d'obtenir une carte de résident et engendre un sentiment accru d'insécurité et de précarité.

La loi Hortefeux du 20 novembre 2007 poursuit dans le même sens. Au motif que l'intégration des membres de famille dans la société française passe « par la connaissance de la langue et des valeurs de la République », que la maîtrise de la langue française « peut favoriser, dans certains cas, l'égalité entre les hommes et les femmes », que « le français, langue de la République [sic], est associé dans notre culture aux valeurs fondatrices de celle-ci, parmi lesquelles la liberté et l'égalité », elle impose aux candidats au regroupement familial et aux conjoints de Français de se soumettre, dans leur pays de résidence, à l'évaluation de leur « degré de connaissances de la langue et des valeurs de la République » et, si l'évaluation en démontre le besoin, de suivre une formation qui conditionnera l'obtention d'un visa long séjour. Autrement dit, l'intégration doit être testée en amont, dans le

pays d'origine, y compris et même prioritairement pour ceux qui, ayant des attaches familiales en France, ont normalement le droit de s'y établir.

### *Une contractualisation biaisée*

L'outil choisi pour tester – plus que pour favoriser – l'intégration des nouveaux arrivants, c'est le « contrat d'accueil et d'intégration ». L'idée de ce contrat a germé dans de nombreux esprits avant d'être officialisée et intégrée au Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

L'histoire du contrat d'accueil et d'intégration commence avec une note émanant d'un député de la majorité<sup>36</sup>, publiée le 9 octobre 2002. Intitulée « Pour une nouvelle politique d'intégration », cette note propose « une nouvelle logique de contractualisation entre le nouvel arrivant et la République » sous la forme d'un « contrat d'arrivée » d'une durée de trois ou quatre ans, fixant un certain nombre d'obligations (apprendre la langue nationale, respecter nos lois...), suivi le cas échéant d'un nouveau contrat, dit « d'enracinement », portant sur une période de quinze ans, et conférant des droits nouveaux, tel le droit de vote et la possibilité d'acquérir plus rapidement la nationalité. C'est la référence – bien timide et aussitôt oubliée – au droit de vote que les médias retiennent ; mais c'est le contrat qui sera promis au plus bel avenir.

L'idée est d'abord reprise par le président de la République, Jacques Chirac, lorsque dans un discours prononcé le 14 octobre 2002 il dit souhaiter que « chaque nouvel arrivant s'engage dans un véritable contrat d'intégration », puis par le Premier ministre, Jean-Pierre Raffarin, quelques jours plus tard, lors de l'installation du nouveau Haut Conseil à l'intégration. En janvier 2003, le Comité interministériel à l'intégration, en sommeil depuis 1990, est réactivé, et dès le mois d'avril il présente un programme de 55 mesures dont la mesure-phare est le contrat d'accueil et d'intégration proposé aux primo-arrivants.

Le Haut Conseil à l'intégration s'empare à son tour du concept. Dans son rapport intitulé, précisément, « le contrat et l'intégration », il relève, non sans emphase, qu'on touche ici « aux principes même de notre pacte républicain: les notions de contrat et d'intégration » et que le mérite du contrat d'intégration proposé aux étrangers arrivant sur notre sol serait de nous amener à « réfléchir ensemble au contrat et à la citoyenneté ».

---

<sup>36</sup> Il s'agit de Yves Jégo, député UMP (Union pour la majorité présidentielle) de Seine-et-Marne.

Expérimenté à partir de 2003, le contrat d'accueil et d'intégration (CAI) voit son existence consacrée par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005. La signature et le respect du contrat sont parallèlement érigés en critères permettant l'appréciation de la condition d'intégration républicaine pour l'accès au statut de résident, prévue par les nouvelles dispositions sur le séjour issues de la loi du 26 novembre 2003. Le contrat d'accueil et d'intégration est rendu obligatoire par la loi du 24 juillet 2006: tout étranger admis pour la première fois au séjour en France et qui souhaite s'y maintenir durablement doit préparer « son intégration républicaine dans la société française ». A cette fin, il doit conclure avec l'Etat un « contrat d'accueil et d'intégration par lequel il s'oblige à suivre, si nécessaire, une formation linguistique et dans tous les cas une formation civique. Celle-ci comporte « la présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité »

Le caractère contractuel du CAI est totalement fictif, puisque seul l'étranger prend des engagements, d'une part, et qu'il n'a d'autre choix que de signer le contrat, d'autre part. La forme contractuelle remplit en revanche une fonction idéologique qu'on décèle sans mal en lisant le livret d'accueil remis à tout nouvel immigré et qui présente en ces termes le contrat d'accueil et d'intégration :

La France, en vous accueillant, vous a proposé de signer, avec l'État, un contrat d'accueil et d'intégration. En signant ce contrat, vous vous êtes engagé à respecter les valeurs fondamentales de la République que sont la démocratie, la liberté, l'égalité, la fraternité, la sûreté et la laïcité. [...] Les efforts que vous aurez faits pour réussir votre intégration en France seront pris en compte au moment de votre demande de délivrance de la carte de résident ou d'acquisition de la nationalité française. [...] La connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la République française constitueront en effet des éléments déterminants de [l'] appréciation [de la condition d'intégration républicaine dans la société française].

La loi du 20 novembre 1997, dite « loi Hortefeux », va par la suite créer une version familiale, tout aussi peu contractuelle, du contrat d'accueil et d'intégration: pour « préparer l'intégration républicaine de la famille dans la société française », les parents d'enfants venus dans le cadre du regroupement familial doivent passer un contrat d'accueil et d'intégration pour la

famille par lequel ils s'engagent à suivre une formation sur « les droits et les devoirs des parents » en France et à respecter l'obligation scolaire. La formation dure une journée au moins. Elle porte notamment « sur l'autorité parentale, l'égalité entre les hommes et les femmes, la protection des enfants et les principes régissant leur scolarité en France ». Le non respect du contrat peut déboucher sur la mise en œuvre d'un « contrat de responsabilité parentale » qui permet, en cas de carence de l'autorité parentale, de suspendre le versement des prestations familiales. La sanction peut être aussi le non-renouvellement du titre de séjour.

#### V. INTÉGRATION RÉPUBLICAINE ET IDENTITÉ NATIONALE

La résurgence massive et brutale, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, de la thématique de l'identité nationale dans le débat politique était déjà directement liée aux polémiques sur la place des immigrés dans la société française. La menace que les étrangers étaient considérés comme faisant peser sur l'identité nationale a notamment servi d'argument, on l'a rappelé plus haut, pour réclamer - et finalement obtenir - une réforme du code de la nationalité rendant moins aisé l'accès à la nationalité française.

La consécration législative, par la loi du 26 novembre 2003, d'un nouveau syntagme lexical: l'« intégration républicaine » s'inscrit dans le prolongement d'une évolution du discours sur l'immigration et l'intégration. La notion est là pour signifier la double obligation de s'intégrer et de respecter les principes républicains : liberté, égalité, laïcité. La République est convoquée pour rappeler qu'il n'y a d'intégration concevable et valide que « républicaine » et pour conjurer le spectre du communautarisme au moment où, explique le ministre de l'Intérieur, « des communautés issues de l'immigration s'organisent pour résister à l'intégration républicaine par des pratiques endogames ».

La lecture des rapports du Haut Conseil à l'intégration est particulièrement instructive, car elle permet de repérer le moment où le discours sur l'immigration et l'intégration, subissant la contagion du discours politique et savant ambiant, intègre la « République » à son lexique<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> V. Danièle Lochak, « Le «modèle républicain» dans le débat public. Usages rhétoriques et reconstitution mythique » in *Le temps de l'État. Mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum*, Paris, Fayard, 2007, p. 398-407.

Le premier rapport, publié en 1991, s'intitule déjà « Pour un modèle français d'intégration ». Le concept d'« intégration à la française » est consacré deux ans plus tard avec la parution sous ce titre d'un ouvrage qui synthétise la réflexion des trois premières années de fonctionnement du Haut conseil<sup>38</sup>. On y lit que le modèle français d'intégration fondé sur un principe d'égalité, s'oppose à la « logique des minorités » et à la reconnaissance de communautés. Il n'est toutefois fait référence, à ce stade, ni à la République ni au modèle républicain. Le modèle républicain est évoqué une première fois dans le rapport de 1998<sup>39</sup>, à propos de l'école, où l'on constate des phénomènes de ségrégation, témoins de « failles dans le modèle républicain ».

C'est en 2001 que la République fait véritablement son apparition, lorsque le Haut Conseil décide de s'intéresser à « L'Islam dans la République » et en vient à s'interroger sur la compatibilité entre la religion musulmane et les valeurs républicaines – au premier rang desquelles figure la laïcité –, ainsi que sur les moyens de combiner l'expression de l'appartenance à une religion avec le respect des règles de fonctionnement de l'école républicaine<sup>40</sup>.

Avec le rapport de 2004<sup>41</sup> sur « Le contrat et l'intégration » un degré supplémentaire est franchi car il n'y est plus question seulement de l'école républicaine mais aussi de la philosophie républicaine, d'une instruction authentiquement républicaine, du régime républicain, de l'ambition républicaine [d'un traitement égal pour tous], du droit politique républicain de la citoyenneté, de la loi commune républicaine, du contrat républicain, enfin. C'est sur ce fond de République omniprésente que prend place le fameux « contrat d'intégration » – que chaque étranger venant en France pour y travailler et y vivre sera invité à signer avec l'État républicain.

La combinaison des deux champs sémantiques de « la République » et de « l'intégration » a une signification et un impact idéologiques, car elle laisse entendre que ce qui est républicain est nécessairement intégrateur et, réciproquement, que l'intégration ne peut être que républicaine. C'est ce

---

<sup>38</sup> Haut Conseil à l'intégration, *L'intégration à la française*, Paris, 10-18, 1993

<sup>39</sup> Haut Conseil à l'intégration, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1998.

<sup>40</sup> Haut Conseil à l'intégration, *L'Islam dans la République*, Paris, La documentation française, 2001.

<sup>41</sup> Haut Conseil à l'intégration, *Le contrat et l'intégration*, La documentation française, 2004.



qu'exprime le concept de « modèle républicain d'intégration », désormais couramment utilisé, y compris pour déplorer qu'il soit en crise. La notion est là pour signifier la double obligation de s'intégrer et de respecter les principes républicains : liberté, égalité, laïcité. La République est convoquée pour rappeler qu'il n'y a d'intégration concevable et valide que « républicaine » et pour conjurer le spectre du communautarisme.

Si la condition d'intégration est définie de façon trop floue pour exclure toute appréciation subjective, sinon arbitraire, de la part du préfet à l'occasion de la délivrance des titres de séjour, on voit néanmoins se dessiner en creux ce qui manque potentiellement à l'étranger et les gages qu'il doit donner pour obtenir un droit au séjour durable. L'image dominante qui ressort des textes, c'est bien celle du musulman imperméable à la laïcité et prompt à opprimer son épouse.

Le livret d'accueil intitulé « Vivre en France » remis au nouvel immigré ne laisse aucun doute à cet égard, lorsqu'il présente en ces termes le contrat d'accueil et d'intégration :

La France, en vous accueillant, vous a proposé de signer, avec l'État, un contrat d'accueil et d'intégration. En signant ce contrat, vous vous êtes engagé à respecter les valeurs fondamentales de la République que sont la démocratie, la liberté, l'égalité, la fraternité, la sûreté et la laïcité. [...] Les efforts que vous aurez faits pour réussir votre intégration en France seront pris en compte au moment de votre demande de délivrance de la carte de résident ou d'acquisition de la nationalité française. [...]

Vous réussirez votre intégration dans notre pays si vous savez découvrir la France et ses habitants, si vous apprenez la langue de ce pays et respectez ses valeurs fondamentales. Les étrangers comme les Français ont en effet le devoir de respecter toutes les lois. Elles s'appliquent à tous ceux qui résident sur le territoire français. C'est tout particulièrement vrai des principes républicains de liberté, d'égalité des droits, notamment entre les hommes et les femmes, et de laïcité.

Quant au document destiné à recevoir la signature du contrat d'accueil et d'intégration, la présentation qu'il donne de la France est une façon – une fois encore stigmatisante – de pointer ceux des principes qu'on soupçonne les immigrés de ne pas respecter spontanément : la France est un pays laïc, un pays d'égalité, dans lequel :

les femmes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que les hommes. [...] Les femmes ne sont soumises ni à l'autorité du mari ni à celle du père ou du frère pour, par exemple, travailler, sortir ou ouvrir un compte bancaire. Les mariages forcés et la polygamie sont interdits, tandis que l'intégrité du corps est protégée par la loi.

Soupçonné comme on l'a dit de ne pas être un bon mari, de maltraiter son épouse, l'immigré l'est aussi de ne pas être un bon parent, comme laisse sous-entendre la création par la loi du 20 novembre 2007 du contrat d'accueil et d'intégration pour la famille par lequel les parents d'enfants entrés par regroupement familial s'engagent à suivre une formation sur « les droits et les devoirs des parents » en France et à respecter l'obligation scolaire. Que peut-on induire de ces contraintes imposées aux étrangers sinon qu'ils sont des parents irresponsables, incapables d'élever correctement leurs enfants et *a priori* non désireux de les scolariser ?

Dans ce contexte, avoir confié l'immigration, après l'élection de Nicolas Sarkozy à la présidence de la République en mai 2007, à un « ministère de l'Immigration, de l'intégration et de l'identité nationale », était une façon d'afficher de façon plus visible encore, à l'aide d'un amalgame contestable et contesté, l'idée sous jacente aux modifications de la législation, à savoir que les immigrés représentent une menace pour l'identité nationale<sup>42</sup>.

## VI. SOMBRES PERSPECTIVES EUROPÉENNES

La propension à donner la priorité à la lutte contre l'immigration clandestine au détriment de l'intégration est tout aussi marquée au niveau européen. Si l'Union ne dispose pas de compétences explicites en matière d'intégration, un certain nombre de principes avaient néanmoins été posés au sommet de Tampere, en 1999. Le programme adopté appelait à une « politique d'intégration plus énergique » ayant pour ambition d'offrir aux ressortissants de pays tiers un « ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union ». Le Conseil

---

<sup>42</sup> Pour justifier l'intitulé de son portefeuille, le ministre Eric Besson avait lancé en novembre 2009 un grand débat sur « l'identité nationale ». Cette initiative n'aura d'autre effet que d'attiser les réactions xénophobes et sera critiquée y compris dans les rangs de la majorité présidentielle. L'expression « identité nationale » va disparaître de l'intitulé du ministère lors du remaniement ministériel de novembre 2010 et le ministère sera lui-même supprimé en février 2011, ses missions étant confiées au ministre de l'intérieur.

européen de Thessalonique de juin 2003 a demandé à la Commission et au Conseil d'établir un cadre européen commun cohérent pour le développement des politiques d'intégration des États membres. Cette demande a été reprise par le Conseil européen de La Haye des 4 et 5 novembre 2004, qui a souligné la nécessité d'une plus grande coordination des politiques d'intégration nationales et des initiatives de l'Union européenne dans ce domaine. Le Conseil «Justice et affaires intérieures» a répondu à cette demande en adoptant, le 19 novembre 2004, les onze «principes de base communs» pour la politique d'intégration des immigrants dans l'Union européenne<sup>43</sup>.

Mais, exactement comme au niveau national, et en dépit de l'affirmation du caractère crucial de l'intégration des communautés immigrées, ce volet de la politique européenne d'immigration et d'asile a été sacrifié à la lutte contre l'immigration clandestine et à la protection des frontières. La priorité à la lutte contre l'immigration clandestine a été officiellement proclamée lors du sommet de Séville de 2002. Cette priorité se reflète dans les textes qui tendent à rapprocher les politiques d'immigration et d'asile des États membres et dans les mesures concrètes prises pour le contrôle des frontières et l'éloignement des étrangers illégaux : sanctions contre les transporteurs qui acheminent vers un État de l'Union européenne des étrangers démunis des documents exigés ; accords de réadmission avec les pays tiers pour qu'ils reprennent leurs ressortissants ou d'autres étrangers qui se trouvent en situation irrégulière sur le territoire de l'Union après avoir transité par leur sol ; organisation de charters pour des retours groupés ; création d'un corps européen de garde-frontières ; envoi d'officiers de liaison dans les pays d'embarquement pour coopérer avec les autorités locales ; création d'une Agence européenne de surveillance des frontières extérieures (Frontex); multiplication des fichiers informatisés comportant des données biomé-

---

<sup>43</sup> Parmi les onze principes de base communs pour l'intégration de l'Union européenne figurent notamment ceux-ci : 1. L'intégration est un processus dynamique, à double sens, de compromis réciproque entre tous les immigrants et résidents des États membres. 2. L'intégration va de pair avec le respect des valeurs fondamentales de l'Union européenne. [...] 4. Des connaissances de base sur la langue, l'histoire et les institutions de la société d'accueil sont indispensables à l'intégration; permettre aux immigrants d'acquérir ces connaissances est un gage de réussite de leur intégration. [...] 8. La pratique des différentes cultures et religions est garantie par la Charte des droits fondamentaux et doit être protégée, sous réserve qu'elle ne heurte pas d'autres droits européens inviolables ou ne soit pas contraire à la législation nationale.

triques ; adoption de la fameuse « directive retour », rebaptisée « directive de la honte » par ses détracteurs, qui permet de détenir un étranger en instance de départ forcé pendant dix-huit mois et d'accompagner la mesure d'éloignement d'une interdiction de revenir en Europe pendant cinq ans. Cette politique trouve son prolongement dans l'« externalisation » de la politique d'asile et d'immigration, à savoir la délocalisation des contrôles le plus en amont possible des frontières de l'Union, d'une part, la sous-traitance des tâches de surveillance aux pays de départ ou aux pays de transit, de l'autre.

Parallèlement, le rôle que l'on fait jouer à l'intégration est tout aussi ambivalent que celui que lui attribue la législation française. D'un côté, l'intégration est un objectif à atteindre dans l'intérêt des migrants et fait peser un ensemble d'obligations sur les États. De l'autre, l'intégration est une obligation imposée aux migrants eux-mêmes, qui conditionne selon les cas l'accès au territoire, l'obtention d'un droit au séjour, ou l'accès au séjour durable. Les deux directives sur le statut des résidents de longue durée et sur le regroupement familial illustrent parfaitement ce double langage.

Ainsi, la première de ces directives<sup>44</sup> rappelle que « l'intégration des ressortissants des pays tiers qui sont installés durablement dans les États membres est un élément clé pour promouvoir la cohésion économique et sociale, objectif fondamental de la Communauté, énoncé dans le traité » et que, dans cette perspective, il importe qu'ils jouissent de l'égalité de traitement avec les citoyens de l'Union dans un large éventail de domaines économiques et sociaux. Non seulement cette égalité qu'on leur promet est factice, ce qui compromet l'objectif d'intégration, mais on leur demande de remplir des conditions d'intégration soit pour accéder au statut de résident dans le pays où ils sont établis, soit pour obtenir le droit au séjour dans un autre État membre. Au chapitre des conditions relatives à l'acquisition du statut de résident de longue durée, on lit en effet que « les États membres peuvent exiger que les ressortissants des pays tiers satisfassent à des conditions d'intégration conformément à leur droit national » et, dans le cas où cette exigence n'aurait pas été posée, ils peuvent subordonner le droit au séjour à la condition que les étrangers concernés satisfassent à des mesures d'intégration et suivent des cours de langue.

---

<sup>44</sup> Dir. 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée

La seconde directive<sup>45</sup> énonce elle aussi que le regroupement familial est un moyen nécessaire pour permettre la vie en famille et qu'il contribue à la création d'une stabilité socioculturelle facilitant l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les États membres. Moyennant quoi l'intégration est ensuite l'alibi invoqué pour restreindre de plusieurs façons le droit au regroupement familial : possibilité, si l'enfant a plus de douze ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, en vue de « *tenir compte de la faculté d'intégration des enfants dès le plus jeune âge* », d'« *examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation existante* ». Toujours « *afin d'assurer une meilleure intégration* » et de prévenir des mariages forcés, les États membres peuvent demander que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal (21 ans au plus), avant que le conjoint puisse rejoindre le regroupant. Enfin, les États membres « *peuvent exiger des ressortissants de pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration, dans le respect du droit national* ». La Cour de justice des communautés européennes n'a vu dans ces dispositions aucune obligation contraire au droit au respect de la vie familiale, dès lors qu'elles sont justifiées au nom de l'intégration, laquelle « *peut relever de plusieurs des buts légitimes visés à l'article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme* »<sup>46</sup>.

Le droit communautaire retranscrit ici fidèlement les préoccupations de plus en plus souvent exprimées par les États et reste pour l'instant en deçà des législations nationales. Mais il se pourrait bien que l'effet de contagion opère et que les obligations imposées aux immigrants au nom de l'intégration s'alourdissent de plus en plus. Puisque « *tous les pays d'immigration sont confrontés, peu ou prou, aux mêmes difficultés [...] pourquoi ne pas s'inspirer des bonnes idées, des bonnes pratiques de nos voisins – ils en ont souvent – et de ce qui marche chez eux ?* » s'interrogeait le député Thierry Mariani dans l'introduction d'un rapport d'information faisant le point sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne<sup>47</sup>.

Il constatait en premier lieu que de plus en plus d'États tendent à faire de l'intégration une condition d'admission sur le territoire afin de commencer l'effort d'intégration le plus en amont possible et que, dans ce contexte, plu-

---

<sup>45</sup> Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

<sup>46</sup> CJCE, 27 juin 2006, Aff. C-540/03, § 66.

<sup>47</sup> Rapport d'information sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne présenté par Thierry Mariani, Doc. AN n° 3502, décembre 2006.

sieurs États ont créé ou envisagent de créer un test d'intégration préalable au regroupement familial. Les Pays-Bas ont été les précurseurs dans ce domaine, en mettant en place un tel test, passé dans le pays d'origine, qui porte sur la maîtrise du néerlandais et la connaissance des valeurs de la société d'accueil. L'Allemagne et le Danemark envisageaient de suivre cet exemple.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'intégration à l'étranger, en mars 2006, les étrangers qui souhaitent s'installer aux Pays-Bas, notamment dans le cadre du regroupement familial, doivent passer un examen élémentaire d'intégration avant d'obtenir une autorisation de séjour temporaire qui vaut en même temps visa d'entrée. Cet examen d'intégration civique est passé dans un poste diplomatique néerlandais dans leur pays d'origine ou de résidence. Le test consiste en un examen oral, en néerlandais, au cours duquel le candidat doit justifier d'une connaissance élémentaire de la langue et de la société néerlandaises. Si le niveau requis n'est pas acquis, l'autorisation d'entrée est refusée.

Par ailleurs, tant en Allemagne et au Danemark qu'aux Pays-Bas, le suivi de cours d'intégration, voire la réussite à un examen d'intégration, est obligatoire pour obtenir un titre de séjour permanent. Des sanctions sont prévues en cas de non respect des obligations fixées, qui peuvent aller jusqu'à la réduction de certaines prestations sociales (Allemagne, Danemark) ou des amendes (Pays-Bas). Aux Pays-Bas, le parcours d'intégration pour les nouveaux arrivants existe depuis une loi de 1998, mais le système a été entièrement refondu par une « loi d'intégration » votée en 2006 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. L'obligation de suivre des cours pour les primo-arrivants a été remplacée par une obligation de réussite à un examen d'intégration qui vise cette fois tous les immigrés âgés de 16 à 64 ans, même s'ils sont déjà installés aux Pays-Bas depuis plusieurs années, et qui conditionne l'obtention d'un permis de résidence permanent. Les personnes concernées ont cinq ans pour passer et réussir l'examen. Les cours, qui étaient gratuits dans le cadre du parcours d'intégration, sont désormais à la charge de l'immigré (plusieurs milliers d'euros). Les perspectives ainsi ouvertes sont d'autant moins rassurantes que l'expérience des Pays-Bas, on l'a dit, est considérée comme un exemple à suivre.

Avant la France, l'Allemagne, par la loi du 30 juillet 2004, a mis en place des « cours d'intégration » (cours d'allemand et acquisition de connaissances de base sur le système juridique, la culture et l'histoire de l'Allemagne), obligatoires pour tous les primo-arrivants qui s'installent durablement sur le territoire allemand, qui conditionnent l'obtention d'un titre de

séjour permanent. L'absence de suivi effectif des cours peut par ailleurs entraîner une réduction de 10 % des prestations sociales versées. Au Danemark également, il est nécessaire d'avoir réussi l'examen final de danois ou, à défaut, d'avoir obtenu un certificat de participation active au programme pour obtenir le statut de résident permanent.

Mais l'évolution a toutes les chances de ne pas s'arrêter là : d'abord parce que, dans tous les pays que l'on vient d'énumérer, les lois qui se succèdent sont de plus en plus sévères ; ensuite parce que le Pacte européen sur l'immigration et l'asile adopté à l'initiative de la France lors du Conseil européen d'octobre 2008 invite les États à « mieux réguler l'immigration familiale » et à prendre en considération « les capacités d'intégration des familles appréciées au regard de leurs conditions de ressources et de logement dans le pays de destination ainsi que, par exemple, de leur connaissance de la langue de ce pays ». Les États membres sont également invités à mettre en place des politiques d'intégration reposant sur « l'équilibre des droits des migrants et de leurs devoirs (respect des lois du pays d'accueil) » et à prendre des mettant « l'accent sur le respect des identités des États membres et de l'Union européenne ainsi que de leurs valeurs fondamentales telles que les droits de l'homme, la liberté d'opinion, la démocratie, la tolérance, l'égalité entre les hommes et les femmes et l'obligation de scolariser les enfants ».

La conception de l'intégration des immigrants a donc considérablement évolué en quelques années. Elle était conçue initialement comme une obligation pesant sur les États, dont la réalisation pouvait être favorisée par un statut juridique stable. Dans un second temps le droit de séjour permanent a été présenté comme la récompense d'une intégration réussie. On est en voie de passer à une troisième phase, dans laquelle le défaut d'intégration, testé le cas échéant avant même l'arrivée dans le pays, sera un motif valable pour refuser ou retirer le droit au séjour<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Nous reprenons ici la catégorisation proposée par Kees Groenendijk à partir de l'expérience des Pays Bas : « La nouvelle politique d'immigration aux Pays-Bas depuis 2002 », *Cultures & Conflits*, n° 69/2008, p. 113. Consultable sur : <http://www.cairn.info/revue-cultures-et-conflits-2008-1-page-113.htm>

*Danièle Lochak*

Cet article a été rédigé avant l'élection de François Hollande à la présidence de la République et l'arrivée au pouvoir d'une majorité de gauche. Si la thématique de l'identité nationale devrait, dans ce nouveau contexte être mise en sourdine, l'analyse proposée ici reste globalement valable, notamment en ce qu'elle met en lumière l'ambivalence de l'objectif d'intégration aussi bien en France que dans l'ensemble des pays européens.



# DILEMAS JURÍDICOS EN LA EDUCACIÓN EN UNA EUROPA MULTICULTURAL FORMAR EN EL PLURALISMO O EN LA TRADICIÓN CULTURAL OCCIDENTAL

Leonardo Álvarez Álvarez<sup>1</sup>

## SUMARIO

1. Introducción. El nuevo dilema jurídico educativo en Europa: formar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental.
2. Educación y la neutralidad como funciones del sistema democrático.
  - a. La educación como proceso de comunicación social.
  - b. Educación y su función programadora de la voluntad como presupuesto del dilema educativo. La neutralidad del Estado democrático.
  - c. Modelos de neutralidad educativa: neutralidad radical, política y multicultural.
3. La indefinición jurídica del modelo de neutralidad educativa en Europa y la génesis del dilema educativo.
  - a. La negación de un modelo radical de neutralidad en la educación.
  - b. La jurisprudencia europea entre el modelo de neutralidad política y multicultural en la educación.
4. Los fines educativos como presupuesto para definir el modelo de neutralidad educativa en los sistemas jurídicos europeos.

---

<sup>1</sup> Profesor contratado-doctor de la Universidad de Oviedo. Este trabajo ha sido elaborado gracias a una beca concedida por la Sociedad Max-Planck para la realización de una estancia de investigación de seis meses en el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg) y desarrollar el proyecto titulado «Dilemas jurídicos en la educación en una Europa multicultural». Quisiera agradecer las interesantes sugerencias realizadas a este trabajo por el Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Andrés Jakab, Holger Hestermayer y Sina van den Bogaert.

- a. La práctica ausencia de fines educativos en los sistemas europeos.
  - b. La necesaria construcción dogmática de los fines educativos.
  - c. Los principios estructurales del sistema jurídico como criterios para definir los fines educativos.
5. El modelo de neutralidad multicultural como exigencia del principio democrático. La resolución del dilema de la educación en Europa.
    - a. Los fines educativos de la libertad, la igualdad y el pluralismo y el modelo de neutralidad multicultural en la educación.
    - b. Neutralidad multicultural y legislador democrático. El dilema de la educación como problema fáctico.
  6. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN. EL NUEVO DILEMA JURÍDICO EDUCATIVO EN EUROPA: FORMAR EN EL PLURALISMO O EN LA TRADICIÓN CULTURAL OCCIDENTAL

El 3.11.2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Lautsi contra Italia* asumía, a grandes rasgos, la doctrina de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el crucifijo —*Kruzifix Urteil*—, de 16.5.1995.<sup>2</sup> Ambos Tribunales coincidieron en resolver, en su esencia, que la exposición del crucifijo en las aulas de los colegios públicos, como símbolo inequívoco del cristianismo, no satisfacía las exigencias de *neutralidad* y de *pluralismo* que el Estado debía de garantizar en la educación.<sup>3</sup>

Por el contrario, frente a esta posición jurisprudencial, el voto particular que formularon los magistrados Seidl, Söllner y Haas a la sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 16.5.1995, acabaría generando un importante debate en la literatura científica, reclutando ya por aquel entonces importantes adhesiones a su tesis principal de que el crucifijo, más que un símbolo religioso, expresaba los valores de la *tradición cultural occidental* y, en consecuencia, no suponía una lesión de la *neutralidad* que el Estado ha de garantizar en la educación.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BVerfGE 93,1 —*Kruzifix-Urteil*—.

<sup>3</sup> Ya el 26 de septiembre de 1990, la sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Suizo había llegado a la misma conclusión de que la exhibición del crucifijo en las aulas de los colegios públicos contravenía las exigencias de la neutralidad en la educación, BGE 116 Ia 252 —*Kruzifix*—.

<sup>4</sup> Véase en la literatura posiciones críticas frente a la Sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán, Joseph Isensee, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 1, 1996, págs. 10-15, Ernst Benda, *Das Kruzifix-Urteil ist zu Apodiktisch*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 11, 1995, pág. 427-432.

La tesis minoritaria formulada en dicho voto particular hace ya más de quince años ha acabado por imponerse hoy día definitivamente en Europa. El 18.3.2011, la STEDH [GS] Lautsi contra Italia, que resolvía el recurso planteado por el Estado italiano frente a la STEDH Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, acabaría modificando su doctrina anterior, entendiéndose ahora que la cruz, más allá de su significado religioso, *simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental* (par. 67). En consecuencia, su exposición en el aula no implica una vulneración de la neutralidad que el Estado ha de garantizar en la educación. Esta nueva STEDH [GS] Lautsi contra Italia fue emitida sólo nueve días después de que también el Tribunal Constitucional austriaco, el 9.3.2011, llegara a una similar conclusión en su sentencia sobre la exhibición del crucifijo en las guarderías.<sup>5</sup>

Esta nueva línea jurisprudencial vertida en Europa con ocasión de la exhibición del crucifijo en las aulas plantea en el fondo un importante dilema jurídico vinculado al tipo de neutralidad que el Estado ha de asumir en la educación: garantizar el pluralismo o la perpetuación de los valores que conforman lo que se ha denominado la *tradición cultural occidental*. Este dilema jurídico adquiere una gran relevancia en la actualidad en la medida de que de él depende la eficaz cohesión de las sociedades europeas, cada vez más multiculturales. Si algún mecanismo puede contribuir hoy día a garantizar ese objetivo, más que ningún otro, es la educación. Eso es lo que explica el interés de este trabajo por el estudio de un problema recientemente planteado en Europa y que hunde sus raíces en el concepto mismo de educación.

Este trabajo se ha propuesto contribuir a aportar soluciones al dilema jurídico expuesto, tratando de analizar 1) por qué la neutralidad en la edu-

---

Walter Czermak, *Der Kruzifix-Beschluss der Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung*, Neue Juristische Wochenschrift, núm. 51, 1995, pág. 3348-3353, Martin Heckel, *Das Kreuz im öffentlichen Raum*, Deutsches Verwaltungsblatt, núm. 9, 1996, pág. 453-482, Walter Gut, *Kreuz und Kruzifix in öffentliche Raumen*, NZN, Zurich, 1997. A favor de la decisión del Tribunal Constitucional Federal, véase Peter Badura, *Das Kreuz in Schulzimmer-Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5.1995*, Bayerische Verwaltungsblätter, núm. 33, 1996, pág. 17-56.

<sup>5</sup> Véase en la literatura posiciones favorables a la exhibición del crucifijo en la escuela, Theo Mayer Maly, «Das Kreuz in österreichischen Schulzimmer», *Journal für Rechtspolitik*, núm. 3, 1995 y Christoph Grabenwarter «artikel 9 EMRK» en Karl Korinek y Alexander Holoubek (edits.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar*, Springer, New-York, 1999 (hojas intercambiables, estado a 2003).

cación ha de ser una de las exigencias de la función educativa en un sistema jurídico democrático, 2) cuáles son los modelos posibles de neutralidad en la educación (radical, política y multicultural), alguno de los cuales cabe identificar en el trasfondo de las líneas jurisprudenciales seguidas en Europa sobre el crucifijo y 3) cuál es el modelo de neutralidad que ha de aplicarse a los actuales sistemas democráticos europeos, que ayude a resolver el dilema jurídico que plantea la presencia del crucifijo en el aula: si educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental.

## 2. EDUCACIÓN Y LA NEUTRALIDAD COMO FUNCIONES DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

### *a. La educación como proceso de comunicación social. La distinción entre educación y enseñanza*

La función de los sistemas sociales sigue garantizándose, hoy, como antes, a través de la educación. En el sistema religioso, en el moral, en el político, y también en el jurídico (cuando históricamente se diferencia de aquéllos) ha sido posible identificar procesos de comunicación social, más o menos organizados, destinados a formar a los nuevos miembros de la sociedad en ciertos *principios* y *valores* que expresaban un ideal de comportamiento al que asemejarse.<sup>6</sup> Así sucede en la religión con el deber impuesto a los padres de educar a sus hijos en la palabra de Dios, diseñando un modelo educativo que estaría vigente en Europa desde la Edad Media<sup>7</sup> hasta el periodo de la monarquía constitucional (siglos XVIII y XIX).<sup>8</sup> También

---

<sup>6</sup> Esa función trataron de ejercerla ya en la Grecia y Roma clásicas procesos como la *areté* (s. VIII a. C), la *paideia* (s. V a. C) y la *stoa* (s. III d. C). Véase Werner Jaeger, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, vol I, 3.º edición, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1954, pág. 1 y ss, Max Pohlenz, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, pág. 153 y ss.

<sup>7</sup> La educación en la «veneración a Dios», en la «la fidelidad hacia Dios» y en el «amor al prójimo» fueron los principales valores que trataba de suministrar la educación medieval impartida en las instituciones vinculadas a la Iglesia Católica, como las escuelas conventuales, catedralicias y estamentales. Véase Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, vol 1, Reform und Restauration*, Kohlhammer, Stuttgart y otros, 1960, pág. 263-264.

<sup>8</sup> A finales de los siglos XVII y principios del siglo XVIII, con un poder más centralizado, fueron las provincias y los municipios quienes pasaron a determinar los principios y valores de la educación, vinculados a máximas religiosas, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el reglamento escolar de Prusia de 1801, que determinaba en su art. 8, el deber de educar en el «espíritu de la cristiandad». Más tarde, como consecuencia de una todavía mayor cen-

en el sistema político, como refleja la literatura medieval de los espejos de príncipes (*mirror for princes*) y posteriormente los *arcana imperii* de los siglos XVI y XVII, fue posible identificar procesos de comunicación social orientados a formar a los futuros príncipes en las máximas y criterios orientados al mejor gobierno de la comunidad.<sup>9</sup>

La educación, como proceso de comunicación social de *principios* y *valores* de comportamiento, es el resultado histórico de un paulatino proceso de diferenciación frente a otros procesos —como la *techné* en la Grecia clásica—, que pusieron su énfasis más bien en la simple transmisión de *conocimientos*.<sup>10</sup> Estos procesos de transmisión de conocimientos han acabado por cristalizar en lo que en los diferentes sistemas sociales se conoce actualmente con el concepto de enseñanza.

La distinción entre la educación y la enseñanza, como procesos respectivos de comunicación de principios/valores y de conocimientos se encuentra expresamente reconocida, por ejemplo, en el art. 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) o en el art. 2 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (IPA CEDH),<sup>11</sup> y en el ámbito de las Constituciones europeas, en el 33 de la Constitución de Italia de 1947 o en el art. 27,1 de la Constitución Española de 1978.<sup>12</sup>

---

tralización, se pasó a sustituir esa reglamentación por parte del Estado. Véase Rudolf Gneist, *Die confessionelle Schule*, Springer, Berlin, 1869, pág. 6 ss., y Ernst Rudolf Bierling, *Die confessionelle Schule in Preussen*, Andreas Perthes, Length, 1885, pág. 70 y 71.

<sup>9</sup> Véase Michael Stolleis, *Arcana imperii und ratio status. Bemerkung zur politischer Theorie des frühen 17 Jahrhunderts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1980, pág. 12, del mismo autor *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Tomo I, Beck, München, 1988, pág. 201-202. Véase también Roman Schnur, *Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pág. 74 y 84.

<sup>10</sup> Cfr. Werner Jäger, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, op. cit., pág. 23.

<sup>11</sup> Sobre la distinción entre la educación y la enseñanza en la CDFUE, véase Hans-Dietrich Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, CH. Beck, München, 2010, pág. 148 y s., Norbert Bernsdorff, «artikel 14. Recht auf Bildung» en Jürgen Meyer (edit.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3.<sup>a</sup> edición, Nomos, Baden-Baden 2011, pág. 276. Sobre la distinción entre la educación y la enseñanza en el CEDH véase Luzius Wildhaber, «artikel 2,II» en Wolfram Karl (edit.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns, Köln, vol 2, (hojas intercambiables, estado a 1995), pág. 9. En la jurisprudencia del TEDH, esa distinción ha sido asumida por la STEDH Campbell y Cosans contra Reino Unido.

<sup>12</sup> Sobre la distinción entre la educación y la enseñanza en la jurisprudencia constitucional italiana véase la Sentencia 297/1994, en la jurisprudencia constitucional española,

Como se tratará de demostrar en este trabajo, parte del dilema jurídico que plantea la presencia del crucifijo en el aula ha de entenderse a partir del diferente papel que puede asumir el Estado en los procesos comunicativos de la educación y de la enseñanza, que se vincula a diferentes modelos de la neutralidad.<sup>13</sup>

*b. Educación y su función programadora de la voluntad como presupuesto del dilema educativo. La neutralidad del Estado democrático.*

A fin de comprender adecuadamente el dilema educativo expuesto, una de las cuestiones que han de plantearse es por qué los sistemas sociales y, muy en particular, el sistema jurídico han optado por regular la función educativa. Como afirmó Aristóteles, la educación ha de considerarse como el mecanismo más eficaz del que puede servirse toda sociedad para garantizar su propia preservación.<sup>14</sup> Esto es, en realidad, una consecuencia que se deriva de la función programadora de la voluntad consustancial a la educación,<sup>15</sup> conforme a la cual se trata de construir y de asegurar las estructuras psíquicas de los educandos —en su condición de individuos en formación de su personalidad— a partir de los principios y valores *que dotan de cohesión a una sociedad*.<sup>16</sup> Con la regulación de la función

---

las SSTC 5/1981, 297/1994. También esta distinción ha sido asumida en la jurisprudencia del BVerfG, de 29.04.2003 I BvR 436/03, y por el VfGH de Austria, VfGH de 9.3.2011, G 287/09.

<sup>13</sup> Sobre el debate suscitado en la literatura sobre la relación entre educación y enseñanza, véase John Rawls, *Political liberalism*, Columbia University Press, Columbia, 2005 (3.º reimp.), págs. 198-200, Amy Gutmann, «Unity and Diversity in Democratic Multicultural Education: Creative and Destructive tensions» en James A. Banks (edit.), *Diversity and Citizenship Education*, Jossey Bass, San Francisco, 2004, pág. 82. Un detenido estudio del dilema del crucifijo al amparo de las relaciones existentes entre educación y enseñanza véase en Winfred Brugger y Stephan Huster (edits.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule. Religiös-weltanschaulichem Neutralität des Staates*, op. cit. En la literatura italiana es de interés también el trabajo de Roberto Bin y otros, *La laicità crocifissa. Il nodo costituzionale del simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Giapichelli, Torino, 2004.

<sup>14</sup> Aristóteles, *Politika*, 1307a).

<sup>15</sup> Cfr. Immanuel Kant, «Über Pädagogik» en idem., *Werke VI*, Insel, Frankfurt, 1964, pág. 697-700, Fritz März, *Personengeschichte der Pädagogik. Ideen, Initiativen-Illusionen*, 3.ª edición, Julius Klinkhardt, Leipzig, 2003, pág. 28.

<sup>16</sup> Cfr. Wolfgang Brezinka, «Was sind Erziehungsziele?», *Zeitschrift für Pädagogik*, n.º 72, 1971, pág. 497 y ss., Niklas Luhmann, *Das Erziehungssystem der Gessellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002, pág. 51-52 y Peter Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Alber-Broschur, München, 1981, pág. 13.

educativa todo sistema social genera la expectativa de que el educando se comporte de manera voluntaria en el futuro conforme a los principios y valores que son objeto de transmisión, evitando su posible infracción.<sup>17</sup> Por ello la educación, a través de su función programadora de la voluntad, puede considerarse como uno de los más eficaces mecanismos preventivos de un orden social.<sup>18</sup>

La función programadora de la voluntad que desempeñan particularmente los símbolos religiosos en la educación ha sido reconocida por la jurisprudencia del TEDH, que definió originariamente al velo islámico portado por una profesora en la escuela como un «poderoso símbolo externo» — *powerful external symbol*—, en la medida que era susceptible de influenciar y de condicionar el comportamiento futuro de los educandos (STEDH Dahlab contra Suiza, de 15.2.2001). El carácter de «poderoso símbolo externo» fue predicado posteriormente por el TEDH del crucifijo presente en el aula en su primera STEDH Lautsi contra Italia, de 3.II.2009 (par. 54), por su capacidad de condicionar la voluntad y la personalidad de los educandos. El dilema educativo planteado recientemente por la contradictoria jurisprudencia del crucifijo en Europa: formar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental, surge precisamente ante el problema de tener que decidir, en un momento único e irrepetible de la existencia del individuo: la formación de su personalidad, qué clase de voluntades se pretenden crear, esto es, qué de ciudadanos se desean «construir». La solución equívoca del dilema puede generar en ellos un perjuicio irreparable.

La intensidad de este dilema no se plantea en otros contextos, como sucede con la exhibición de crucifijos en las salas de justicia,<sup>19</sup> en los que la cruz no tiene como destinatarios a individuos en formación de su personalidad, algo específicamente propio de la escuela. Pero tampoco surge un dilema similar cuando, incluso en el ámbito escolar, lo que se transmiten no son valores, sino meros conocimientos, objeto de la enseñanza.

---

<sup>17</sup> Véase Hans-Ulrich Evers, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, pág. 107, Herbert Krüger «Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen» en Horst Ehmke y otros (edit.), *Um Recht und Gerechtigkeit. Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70 Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, págs. 286-287.

<sup>18</sup> Cfr. Ulrich Scheuner, «Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz» en *ibidem*, pág. 325 y Armin Scherb, *Der Bürger in der streitbaren Demokratie. Über die normativen Grundlagen politischer Bildung*, vs, Wiesbaden, 2008, pág. 53.

<sup>19</sup> BVerfGE. 35, 366 —*Kreuz im Gerichtssaal*—



En definitiva, la verdadera intensidad del dilema jurídico de la educación reside en transmitir principios y valores (y el crucifijo lo hace) capaces de condicionar la voluntad de individuos que se encuentran formando su personalidad.

Una vez expuestas las premisas del dilema que plantea la contradictoria jurisprudencia europea del crucifijo en la escuela, la cuestión reside en identificar cuáles son los principios y valores conforme a los que cabe ejercer válidamente la función programadora de la voluntad de la educación. En ello reside la respuesta al interrogante de si educar en el pluralismo o en los valores que conforman lo que se ha denominado tradición cultural occidental. Si el sistema religioso impuso el deber de educar en los valores de la cristiandad en un momento en el que éstos fueron capaces de cohesionar eficazmente a la sociedad europea, una de las exigencias de los sistemas jurídico-democráticos actuales es orientar la educación precisamente hacia principios y valores vinculados con la democracia,<sup>20</sup> los únicos capaces hoy día de garantizar la convivencia pacífica y plural de una sociedad europea multicultural.<sup>21</sup>

En este punto, como ha reconocido la jurisprudencia y la literatura, en un sistema democrático que sirve principalmente a la garantía de la libertad, la prohibición de adoctrinamiento, y su *alter ego*, el deber de neutralidad del Estado, aparecen como exigencias de la función educativa.<sup>22</sup> La neutralidad aparece como un límite a la función programadora de la educación. El problema es determinar qué clase de neutralidad es la que se impone en la función educativa. Como se verá, en la educación es posible hablar de tres modelos diferentes de neutralidad (la radical, la política y la multicultural) que la conciben al servicio de diferentes principios y valores. En realidad, el dilema jurídico que refleja la contradictoria jurisprudencia europea sobre el crucifijo: si educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental, se construye a partir de un diferente modelo de neutralidad.

---

<sup>20</sup> Cfr. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Scientia, Aalen, 1994, pág. 18.

<sup>21</sup> Cfr. Eamonn Callan, *Creating citizens. Political education and liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pág. 13.

<sup>22</sup> En la jurisprudencia supranacional véanse las SSTEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, Larisis contra Grecia y Hassan Eylem Zengin contra Turquía, Folgero y otros contra Noruega. En la jurisprudencia constitucional véase este postulado en la BVERfGE. 93, I. En la literatura, véase el trabajo clásico de Ekkehard Stein, *Das Recht des Kindes auf selbstentfaltung in der Schule*, Neuwied, Luchterhand, 1967.

*c. Modelos de neutralidad educativa: neutralidad radical, política y multicultural.*

Los distintos modelos de neutralidad en la educación —que la orientan al servicio de la eficacia de diferentes principios y valores—, se construyen sobre la base de una diferente relación entre Estado y sociedad, que da lugar, a su vez, a una particular vinculación entre los conceptos de educación y enseñanza.<sup>23</sup> Estos modelos de neutralidad educativa son: la neutralidad radical, la neutralidad política y la neutralidad multicultural.

*Neutralidad radical y homogeneidad social.* La concepción radical de la neutralidad parte del presupuesto teórico de la existencia de una homogeneidad política, religiosa y cultural en la sociedad, que preexiste al Estado y al sistema jurídico.<sup>24</sup> No es difícil poder identificar aquí los vestigios de la clásica idea de nación propia de la doctrina liberal del Estado. Sobre la base de este presupuesto, una de las funciones jurídicas del Estado —cuya legitimidad descansa sobre la homogeneidad política, religiosa y cultural preexistente— ha de ser garantizar su estabilidad.<sup>25</sup> La neutralidad se propone garantizarla prohibiendo *radicalmente* que el Estado pueda desempeñar la función educativa. Confiar en el Estado la labor de educar —con su capacidad programadora de la voluntad— podría suponer un evidente peligro para la preservación de los principios y los valores que conforman la homogeneidad política, religiosa y cultural existente en la sociedad. Lo que se propone este modelo de neutralidad es en realidad relegar la labor del Estado sólo al ámbito de la *enseñanza*, es decir, a la simple transmisión de conocimientos.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Véase de nuevo el epígrafe 2a).

<sup>24</sup> Véase sobre la presuposición de un consenso social en torno a determinados principios y valores, vinculada a la idea del pacto social liberal fundacional del Estado, cfr. John Rawls, *Political liberalism*, *op. cit.*, pág. 14. Con diferentes matices, véase también Bruce Ackerman, *Social Justice in the liberal state*, Yale University Press, New Haven, 1980, pág. 29, Ronald Dworkin, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pág. 191 y ss. y Stephen Macedo, *Diversity und distrust, Civic Education in a Multicultural Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pág. 146.

<sup>25</sup> Cfr. John Stuart Mill, *On liberty*, John W. Parker & Son, 2.<sup>a</sup> edición, London, 1859, pág. 145-146, 188-190.

<sup>26</sup> Cfr. Albert Otto Hirschman, *The passions and the interests. Political arguments for capitalism before its triumph*, Princeton University Press, Princeton, 1977, pág. 106 y s. Sin embargo, esta concepción liberal de la neutralidad no deja de ser, en cierta medida, un ideal impracticable, ya que incluso la mera transmisión de conocimientos implica también transmisión de valores, cfr. Stephan Huster, *Die ethische neutralität des Staates*, Mohr,

Con arreglo a las premisas expuestas, la exhibición del crucifijo en la escuela pública organizada por el Estado supondría una transmisión de principios y valores en la educación para la que el Estado carecería de competencia.<sup>27</sup> En realidad, la finalidad última de esta concepción radical de la neutralidad es negar el ejercicio de la función educativa al Estado, pero para atribuírsela sólo a la sociedad.<sup>28</sup> Ninguna mejor manera de garantizar la estabilidad de los principios y de los valores que dotan de cohesión a la sociedad que atribuir la función educativa precisamente a los que deciden mayoritariamente el contenido de la unidad política religiosa y cultural. Por ello, resulta del todo compatible con el principio de neutralidad el derecho de los padres a educar a sus hijos en el hogar (*homeschooling*),<sup>29</sup> algo que se ha venido reclamando insistentemente durante los últimos años en Europa (véase por ejemplo la STEDH Fritz Konrad y otros contra Alemania, de 11.9.2011).

*Neutralidad política y homogeneidad social.* El presupuesto teórico ya analizado, que parte de la preexistencia al Estado de una homogeneidad política, religiosa o cultural presente en la sociedad, ha sido también compatible con la atribución de la función educativa al Estado.<sup>30</sup> Se construye un modelo educativo en el que el Estado ha de limitarse a ofrecer cobertura jurídica para garantizar la natural proyección de los principios y valores que conforman aquella homogeneidad social dentro del proceso

---

Siebeck, Tübingen, 2001, pág. 326. Véase también Peter Badura, «Das Kreuz in Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 71 y ss., Dieter Lorenz, «Schulgebet und Toleranz», *Juristische Schulung*, 1974, pág. 436-438 y Ulrich Scheuner, «Verfassungrechtliche Fragen der christlichen Gemeinschaftsschulen» en Theodor Maunz y Hans Spanner (edit.), *Festgabe für Theodor Maunz zum 70 Geburtstag*, Beck, München, 1971, pág. 307 y 323.

<sup>27</sup> Cfr. Stephan Huster, «Die religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Das Kreuz in der Schule aus liberaler Sicht» en Winfred Brugger y Stephan Huster (edits.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule. Religiös-weltanschaulichem Neutralität des Staates*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pág. 90.

<sup>28</sup> Véase John Locke, *Two treatises on government*, R. Butler y otros, London, 1821, par. 68.

<sup>29</sup> Paradigmática en el plano de la educación, y que obedece a los presupuestos de las posiciones liberales en la educación, es la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Wisconsin v. Yoder* (1972), 406 U.S. 205, que autorizó a los padres a sustraerse a la función educativa del Estado en tanto ésta implique unas convicciones religiosas y morales incompatibles con la preservación de la comunidad Amish.

<sup>30</sup> Cfr. Christian Schlaich, «Radikale Trennung und Pluralismus —zwei Modelle der weltanschaulichen Neutralität des Staates—» en Paul Mikat (edit.), *Kirche und Staat in der neueren Entwicklung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1980, pág. 417 y ss.

de la enseñanza.<sup>31</sup> La neutralidad del Estado consiste justamente en no interferir u obstaculizar la proyección de los principios y valores que definen la unidad política, religiosa, cultural de la sociedad dentro del sistema educativo. Por ello, la neutralidad política resultaría compatible con la posibilidad de que se exhiba el crucifijo en las aulas de los colegios públicos, si éste expresa los valores presentes en la sociedad.<sup>32</sup> No es difícil ver esta idea política de la neutralidad en la concepción del crucifijo mantenida en la STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.3.2011, como expresión de la tradición cultural occidental.<sup>33</sup> Esta concepción política de la neutralidad lleva directamente a lo que la literatura ha denominado *asimilacionismo* en la educación, que impone a la minoría la obligación de tolerar en aula la expresión de los principios y los valores mayoritariamente asumidos en la sociedad.<sup>34</sup>

*Neutralidad multicultural y heterogeneidad social.* La tercera concepción de la neutralidad en la literatura niega el presupuesto sobre el que se construyen las dos anteriores concepciones de la neutralidad. El modelo de neutralidad multicultural parte de una definición de la sociedad como

---

<sup>31</sup> Sobre esta concepción política de neutralidad basada en lo que John Rawls denomina liberalismo político, véase *Political liberalism*, *op. cit.*, pág. 14, William Galston, *Goods, virtues and duties in the liberal state*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pág. 253-254. Este modelo puede reflejarse en la historia constitucional en el art. 43 II 12 del *Allgemeines Landrecht* de Prusia de 1794, en el que se establecía que «todo ciudadano que no pueda dispensar la necesaria educación en el hogar está obligado... a llevar a sus hijos a la escuela».

<sup>32</sup> Cfr. Joseph Isensee, «Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation», *op. cit.*, pág. 10 y ss., Walter Czermak, «Der Kruzifix-Beschluss der Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung», *op. cit.*, pág. 3351, Martin Heckel, *Das Kreuz im öffentlichen Raum*, Deutsches Verwaltungsblatt, *op. cit.*, pág. 465 y ss., Walter Gut, *Kreuz und Kruzifix in öffentliche Raumen*, *op. cit.*, pág. 16-20.

<sup>33</sup> Pero también en la posibilidad reconocida en la STEDH Dahlab contra Suiza, de 15.2.2001, de prohibir el velo islámico por expresar una prescripción coránica difícilmente compatible con el principio de igualdad entre sexos. No deja de suponer esto una contraposición entre diferentes tradiciones culturales.

<sup>34</sup> Véase William Galston, «Civic education in the liberal state», in Nancy L. Rosenblum (edit.), *Liberalism and the moral life*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1989, pág. 89 y Eamonn Callan, *Creating citizens. Political education and liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pág. 13. En ciertas Constituciones liberales del siglo XIX puede identificarse este modelo han dado cobertura a este modelo, consagrando como valores a realizar en la escuela el «amor a la patria» o «el sentimiento nacional», reflejando la clásica idea de una nación políticamente homogénea, cfr. Walter Landé, *Die Schule in der Reichverfassung*, Reimar Hobbling, Berlin, 1929, pág. 170 y ss.

un sustrato heterogéneo y plural. No existe ya una homogeneidad política, religiosa o cultural preexistente al Estado que éste tenga que garantizar, ya sea no ejerciendo la función educativa, permitiendo que sea la sociedad la que eduque (neutralidad radical), ya sea proyectado en la escuela los principios y valores consensuados mayoritariamente en la sociedad (neutralidad política).<sup>35</sup> No existiendo una unidad política, religiosa o cultural que conservar, es el Estado el que ha de *reconstruir* los principios y los valores que permitan cohesionar una sociedad, de por sí diversa.<sup>36</sup> En realidad, bien mirado, es en un modelo heterogéneo de sociedad necesitada de reconstruir los principios llamados a cohesionarla donde encuentra verdadero sentido el ejercicio de la función programadora de la educación, y además que ésta deba de encontrarse, por lo expuesto, bajo la responsabilidad del Estado, no de la sociedad.<sup>37</sup>

Lo que la neutralidad multicultural exige del Estado es que refleje en la escuela la pluralidad de concepciones políticas, religiosas y culturales existentes en sociedad y forme en la necesidad de que todas ellas sigan siendo posibles,<sup>38</sup> como propone el modelo integracionista de educación.<sup>39</sup> Lo que permite cohesionar eficazmente en la actualidad a las sociedades multiculturales europeas es precisamente eso: la posibilidad de una pacífica convivencia plural. Por ello, la exhibición del crucifijo en las aulas de los colegios públicos habría de estimarse inicialmente posible, al reflejar una de las múltiples opciones religiosas o culturales existentes en la sociedad. Lo único prohibido al Estado es que eduque de tal manera que se niegue que otras convicciones religiosas puedan ser posibles en la educación. En esta concepción multicultural de la neutralidad se apoyó la STEDH Lautsi

---

<sup>35</sup> Véase Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pág. 22.

<sup>36</sup> Cfr. Thomas Meyer, «Paralellgesellschaft und Demokratie» en idem y Reinhard Weil (edits.), *Die Bürgergesellschaft. Perspektiven für Bürgerbeteiligung und Bürgerkommunikation*, Dietz Nachf, Bonn, 2002, pág. 343 y ss.

<sup>37</sup> Véase Will Kymlicka, *Politics in the vernacular. Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pág. 301 y ss.

<sup>38</sup> Esta función multicultural de la educación es justamente la que expresa la concepción de la escuela como «microcosmos social», véase Lawrence Kohlberg, *Essays on moral development*, 2.<sup>a</sup> edición., Harper & Row, San Francisco, 1984, pág. 498 y ss.

<sup>39</sup> Véase Amy Gutmann, «Unity and Diversity in Democratic Multicultural Education: Creative and Destructive tensions», en James A. Banks (edit.), *Diversity and Citizenship Education*, Jossey Bass, San Francisco, 2004, pág. 82.

contra Italia de 3.11.2009 (como la Sentencia del crucifijo del BverfGE, de 16.5.1995) para afirmar que la exhibición del crucifijo en el aula durante todo el horario escolar vulneraba el principio de neutralidad del Estado en la educación al generar en los educandos la sensación de que la cruz expresaba la única convicción religiosa válida en la sociedad.

## 2. LA INDEFINICIÓN JURÍDICA DEL MODELO DE NEUTRALIDAD EDUCATIVA EN EUROPA Y LA GÉNESIS DILEMA EDUCATIVO.

Hasta aquí se ha analizado desde un punto de vista teórico a) la función programadora que ejerce la educación en un sistema jurídico, b) cómo la neutralidad educativa constituye una exigencia teórica de todo sistema democrático y c) cuáles son los diversos modelos posibles de neutralidad educativa, que conduce a diferentes maneras de solventar el dilema suscitado por la presencia del crucifijo en la escuela organizada por el Estado: educar en el pluralismo (modelo de neutralidad multicultural) o en la tradición cultural occidental (modelo de neutralidad política). En este momento ha de procederse a analizar cuál o cuáles de estos modelos de neutralidad se han plasmado en los vigentes sistemas democráticos europeos. Como se tratará de demostrar, si bien los sistemas democráticos vigentes en la organización jurídica de la educación se han apartado claramente de un modelo de neutralidad educativa radical, no dejan completamente aclarado si la que la neutralidad que debe de regir la educación debe de ser política o multicultural, una ambigüedad que ha acabado por proyectarse, como se ha visto, a la jurisprudencia del TEDH.

### *a. La negación de un modelo de neutralidad radical en la educación*

Los actuales sistemas jurídicos democráticos europeos han procedido a regular las funciones de la educación y de la enseñanza mediante un sistema de atribución de facultades al Estado y a la sociedad. Con carácter general, la organización jurídica de la educación se lleva a cabo a través de dos clases de normas: 1) las que autorizan al Estado a regular y a organizar la educación y la enseñanza y 2) las que atribuyen el derecho a los padres para que sus hijos reciban una educación y una enseñanza que esté conforme con sus propias convicciones. Estos dos tipos de normas es posible identificarlas, por ejemplo, en el art. 2 PA CEDH: «el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el

derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones morales, religiosas y filosóficas».<sup>40</sup>

La organización jurídica de la función educativa mediante un sistema mixto de atribución de facultades al Estado y a la sociedad se aprecia también en el art. 14, 3 CDFUE, que dispone «se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio (el derecho a la educación)... el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».<sup>41</sup>

Lo aquí expuesto podría ya ser suficiente para desterrar la posible plasmación de un modelo de neutralidad radical en la educación y consecuentemente los resultados que de éste habrían de derivarse para la solución del dilema educativo planteado: a) atribuir al Estado la función de la *enseñanza*, esto es, la competencia para transmitir meros conocimientos —lo que habría de conducir a prohibir los crucifijos en la escuela, en la medida en que implica una trasmisión de valores religiosos y/o culturales— y b) encomendando únicamente a los padres la labor de *educar* en principios y valores morales, culturales o religiosos... fuera del sistema de enseñanzas organizado por el Estado (*homeschooling*).<sup>42</sup>

Efectivamente, el CEDH, la CDFUE, como otros sistemas convencionales internacionales (arts. 26 DUDH y 13, I PIDESC),<sup>43</sup> han organizado jurídicamente la función educativa de acuerdo con un modelo en el que la educación —esto es, la transmisión de principios y valores— se suministra *dentro* de un proceso de enseñanzas organizado por el Estado. Es *dentro* de dicho proceso en el que el Estado habría de respetar las convicciones de los padres (STEDH caso lingüístico belga, de 23.7.1966). El TEDH ha dejado claro que el Estado tiene competencia, además *preminente*, para educar y, por lo tanto,

---

<sup>40</sup> Acerca de este modelo normativo de distribución entre el Estado y la sociedad de funciones en la educación, véase en el ámbito del CEDH, Luzius Wildhaber, «artikel II, I», *op. cit.*, pág. 5 y ss.

<sup>41</sup> Véase Hans-Dietrich Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, *op. cit.*, pág. 150 y 151. Véase también el art. 14, I de la Carta Social Europea, y también el art. 165, I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en lo que se refiere al modelo de reparto de funciones reconocidas al Estado y a la sociedad en la organización de la enseñanza y de la educación.

<sup>42</sup> Véase nuevamente epígrafe 2 c a).

<sup>43</sup> Véase Klaus Dieter Beiter, *The protection of the right to education by international law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, pág. 19, 30 y ss.



para transmitir principios y valores a los educandos,<sup>44</sup> incluso contra de la voluntad de sus padres (STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7.12.1976),<sup>45</sup> a los que se niega un derecho ilimitado para educar a sus hijos en el hogar.<sup>46</sup>

Esta consecuencia favorable a atribuir al Estado la función educativa ha sido también admitida en los sistemas constitucionales europeos. Incluso en aquellos que parecerían apreciarse ciertos vestigios del modelo de neutralidad radical que atribuye la función educativa exclusivamente a la sociedad y la simple labor de enseñar al Estado. El sistema constitucional austriaco permite entrever algún vestigio de este modelo de neutralidad radical en el art. 17 de la *Ley Fundamental del Estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos* de 1867.<sup>47</sup> En tal disposición se dispone «la educación en el hogar no se encuentra sometida a ningún tipo de limitación». Esta facultad reconocida a los padres puede explicarse en su aprobación durante la vigencia del Estado liberal del siglo XIX, que se sustenta sobre la radical separación entre Estado y sociedad que da sentido justamente al modelo de neutralidad radical en la educación.<sup>48</sup>

Sin embargo, en la actualidad esta facultad se ha restringido por otras normas constitucionales aprobadas durante la vigencia el constituciona-

---

<sup>44</sup> En el ámbito del CEDH, en la STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, en la que se dejaba claro el reconocimiento de una función educativa al Estado, con ocasión del enjuiciamiento de la convencionalidad de la introducción de la asignatura de la educación sexual en los planes de estudio del Estado danés, el juez Alfred Vedross emitió un voto particular próximo a los postulados del radical modelo de neutralidad en la educación. En él se afirmaba que es «necesario distinguir entre la información sobre los hechos de la sexualidad humana que constituyen el objeto de la ciencia natural, sobre todo de la biología, de una parte, y la que hace referencia a las actividades sexuales, incluida la anticoncepción, de otra parte. Esta distinción se impone, en mi opinión, por el hecho de que las primeras tienen carácter neutro, desde el punto de vista de la moralidad, mientras que las segundas, incluso si son dadas a menores de una manera objetiva, afectan siempre a la formación de su conciencia. De ello resulta que incluso informaciones objetivas sobre la práctica sexual dadas demasiado pronto en una escuela pueden violar las convicciones cristianas de los padres».

<sup>45</sup> Véase además, STEDH Efstratiou contra Grecia. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la educación sexual, BVerfGE. 46, 47 —*Sexkundeunterricht*—, de 21.12.1977.

<sup>46</sup> Decisión de la Comisión, Leuffen contra Alemania, STEDH Konrad y otros contra Alemania.

<sup>47</sup> *Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder* (R.GBl. 142/1867).

<sup>48</sup> Véase nuevamente el epígrafe 2 c a).



lismo democrático, atribuyendo al Estado una posición *preminente* en la educación (vid. art. 14 de la Ley Constitucional Federal).<sup>49</sup> Se descarta por tanto la existencia de un modelo (liberal) de neutralidad radical en la educación conforme al que se impediría al Estado transmitir principios y valores en la escuela. Recuérdese que el Tribunal Constitucional Federal austriaco se ha mostrado favorable recientemente a la posibilidad de exhibir crucifijos en las guarderías (VfGH, de 9.03.2011).

La misma consecuencia favorable a atribuir al Estado la función de educar se ha admitido en Alemania. Y ello a pesar de que el art. 6,2 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce un derecho *natural* a los padres para educar a sus hijos, lo que ha servido a parte de la literatura jurídica todavía hoy para atribuir a los padres la superior labor educativa en detrimento del Estado.<sup>50</sup> Sin embargo, esta tesis ha sido negada por la jurisprudencia constitucional y por la literatura.<sup>51</sup> El Estado tiene competencia para difundir principios y valores en la escuela como ha reconocido, por ejemplo, la BVerfGE 46, 47 —*Sexualkundeunterricht*—, de 21.12.1977, atribuyendo al Estado la posibilidad de impartir una asignatura como la educación sexual, incluso en contra de la voluntad de los padres. Un detenido análisis de la ju-

<sup>49</sup> También por el CEDH, que constituye una norma dotada de rango constitucional en el ordenamiento austriaco. Véase en la literatura sobre la función del Estado en la educación y la consecuente negación del principio de neutralidad radical en el sistema austriaco. Thomas Kröll, «Kulturelle Rechte» en Detlef Merten y Hans Jürgen Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, VII/1 —Österreich—*, cf Müller, Heidelberg, 2009, pág. 363, véase también Walter Berka, *Lehrbuch Verfassungsrecht*. 2.<sup>a</sup> edición, Springer, Wien-Hew-York, 2008, pág. 391 y s., Brigitte Gutknecht, «artikel 2 I» en Karl Korinek y Alexander Holoubek (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht: Textsammlung und Kommentar*, vol. 3, Springer, Wien, hojas intercambiables (estado a 2005), pág. 8. En la legislación, conforme al art. 11,2 de la *Schulpflichtgesetz* —BGBI. Nr. 76/1985— los alumnos que son educados en el hogar han de someterse a un examen en escuelas oficialmente reconocidas, lo que reconoce, de nuevo, la función preminente del Estado sobre la educación.

<sup>50</sup> Véase al respecto Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 2.<sup>a</sup> edición, Franz Vahlen, Berlin, 1957, pág. 273, así como también Hans Peters, «Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule», en Karl August Bettermann y Hans Carl Nipperdey, *Die Grundrechte*, vol. IV, Duncker & Humblot, Berlin, 1960, pág. 369 ss. No han faltado tampoco decisiones jurisprudenciales que han avalado esta interpretación, reconociendo a los padres una facultad general para la educación de sus hijos, véase ejemplificativamente el *Oberstufen-Urteil* des Hessischen Staatsgerichtshofes, de 30 de diciembre de 1981 (*Juristen Zeitung* 1982, p. 463 y ss).

<sup>51</sup> En la jurisprudencia véase la BVerfGE. 34, 165 —*Förderstufe*—, de 6.12.1972. En la literatura, véase Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV, CH Beck, München, 2011, pág. 425 y 444.

risprudencia sobre el crucifijo del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE. 93,1 —*Kruzifixurteil*—) permite hacer ver cómo, por principio, tampoco la exhibición de la cruz, como de otros símbolos religiosos, debiera considerarse siempre inconstitucional.<sup>52</sup>

En virtud de lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que en la normativa y en la jurisprudencia supranacional y constitucional europea no existe fundamento jurídico consistente para solventar las controversias en la educación, ni tampoco la problemática que genera la exposición del crucifijo en las aulas a partir de un modelo de neutralidad radical.<sup>53</sup> El dilema jurídico planteado por la jurisprudencia europea del crucifijo: educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental se plantea, como se verá seguidamente, entre los modelos de neutralidad política o multicultural que ha de adoptar el Estado en el ejercicio de su función educativa.

*b. La jurisprudencia entre el modelo de neutralidad política y multicultural en la educación.*

*El modelo de neutralidad multicultural en la educación.* La primera STEDH Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, concluyó que la exposición del crucifijo en las aulas vulneraba el derecho que el art. 2 IP CEDH reconoce a los padres a que sus hijos reciban una educación «conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». La argumentación del TEDH —similar a la seguida por los tribunales constitucionales alemán y suizo—<sup>54</sup> parte del presupuesto

<sup>52</sup> Véase la BVerfGE. 108, 282 —*Kopfsch*—, de 24.9.2003.

<sup>53</sup> Ni siquiera admite todas las consecuencias del principio de neutralidad radical en la educación el sistema constitucional francés que, en teoría descansa sobre principio de neutralidad radical en materia religiosa en la educación, al amparo del principio de laicidad reconocido en el art. 1,1 la Constitución. Conforme a una inicial interpretación de tal principio —principio estricto de laicidad— al Estado se le prohíbe la posibilidad de difundir y tolerar la difusión de valores y de símbolos religiosos en la enseñanza. El ejercicio de la libertad religiosa aparece, según este principio estricto de laicidad, como una cuestión privada que ha de desarrollarse en la sociedad. Sin embargo, estos iniciales vestigios radicales de la neutralidad han atenuado su aplicación hacia un principio de laicidad «tolerante» vigente en la actualidad, permitiendo con ciertos límites la exhibición de la religiosidad en el aula. Véase Sara Ganz, *Das Tragen religiöser Symbole und Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der EMRK*, Duncker & Humblot, Berlin, pág. 39. Nathalie Deffainis, *Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 34, 1998, pág. 212.

<sup>54</sup> Véase respectivamente BVerfGE 93,1 —*Kruzifixurteil*— y BGE I 161a 252 —*Kruzifix*—.

de que en el contexto de la educación, «*la neutralidad debería garantizarla el pluralismo*» (par. 84).<sup>55</sup> Y ello porque el pluralismo es lo único que puede garantizar que puedan respetarse en la educación los derechos de los padres reconocidos en el art. 2 1P CEDH. Los derechos de estos quedarían vulnerados si el Estado en la educación dotara de preminencia a unas convicciones religiosas o filosóficas en detrimento de otras.<sup>56</sup>

Como se puede deducir de lo expuesto, el TEDH toma como punto de partida lo que, en realidad, es un modelo de neutralidad multicultural, que niega la existencia de valores que definan una homogeneidad religiosa o cultural en la sociedad y que el Estado debiera garantizar en la escuela frente a la minoría. Todo lo contrario, la STEDH Lautsi contra Italia, 3.11.2009, niega en el fondo que tal homogeneidad exista, reconociendo la plena *igualdad* de todas las convicciones religiosas y filosóficas existentes en la sociedad, debiendo de garantizarse por el Estado en la escuela a través de una educación plural.<sup>57</sup> De esa manera han de interpretarse las facultades que el art. 2 1P CEDH atribuye al Estado «en el campo de la educación».

Sobre la base de este modelo de neutralidad multicultural, el TEDH concluye que «no ve cómo la exposición en las aulas de un símbolo que es razonable asociar con el cristianismo, puede contribuir al pluralismo educativo esencial para preservar una sociedad democrática» (par. 56).<sup>58</sup> Para el TEDH,

---

<sup>55</sup> Siguiendo aquí la jurisprudencia emitida en la STEDH Folgero contra Noruega. Véase también la afirmación del Tribunal Constitucional Federal: «De la libertad de creencias del art. 4 párr. 1 LF, por el contrario, se deriva el principio de la neutralidad estatal frente a las diferentes religiones y confesiones. El Estado, en el que viven seguidores de diferentes e incluso opuestas creencias religiosas e ideológicas, sólo puede garantizar la convivencia pacífica si él mismo defiende la neutralidad en cuestiones de credo» (BVerfGE 93,1).

<sup>56</sup> Empleando aquí su consolidada doctrina emitida desde la STEDH Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen c. Dinamarca de que la educación debe de ser «objetiva, crítica y pluralista», la STEDH Lautsi contra Italia reconoce que «La escuela no debería ser el escenario de actividades misioneras o de prédica; debería ser un lugar de encuentro de distintas religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos puede adquirir conocimientos sobre sus respectivos pensamientos y tradiciones» (par. 47 c).

<sup>57</sup> En parecidos términos se pronunció la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el velo islámico: «el deber de neutralidad ideológico-religiosa impuesto al Estado por la Ley Fundamental no es una falta de identificación laicista, en el sentido de distanciadora o apartada de religiones e ideologías, sino una neutralidad respetuosa, *previsora*, que obliga al Estado a asegurar al particular y a las comunidades religiosas o ideológicas un ámbito de actuación» BVerfGE 102, 288.

<sup>58</sup> En estricta aplicación de la doctrina STEDH Buscarini contra San Marino, en la que se afirmaba que el carácter tradicional de un texto, en el sentido social e histórico, que se

admitir la exhibición del crucifijo en las aulas —siguiendo la argumentación de la sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 16.5.1995— conduciría a imponer a la minoría las convicciones religiosas de la mayoría.<sup>59</sup> Esto es, un asimilacionismo en la educación incompatible con los presupuestos del modelo de neutralidad multicultural.<sup>60</sup> Por eso acaba concluyendo el TEDH que el Estado al exponer el crucifijo en la escuela, no garantiza el pluralismo en la escuela y, por lo tanto, vulnera el derecho de los padres que se reconoce en el art. 2 PA CEDH.

*El modelo de neutralidad política en la educación.* La STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.03.2011, que resuelve el recurso planteado por el Estado italiano frente a la anterior STEDH Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, llega a un resultado distinto. En apariencia, la STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.03.2011 no abandona el presupuesto anteriormente establecido de que la neutralidad en la educación ha de garantizarse a través del pluralismo (par. 62). Sin embargo, a lo largo de su discurso argumental acaba sustituyendo el modelo de neutralidad multicultural por otro más próximo a un modelo de neutralidad política, que parte de la preexistencia de una homogeneidad religiosa y cultural existente en la sociedad que el Estado ha de garantizar en la educación. El TEDH duda ahora que el crucifijo pueda afectar al derecho que el art. 2 IP CEDH reconoce a los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.<sup>61</sup> Conclusión a la que también llega la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal austriaco, de 9.3.2011, sobre la presencia del crucifijo en las guarderías.<sup>62</sup>

---

utilizaba por los parlamentarios para prestar juramento, no privaba a éste de una naturaleza religiosa.

<sup>59</sup> La STEDH Lautsi contra Italia aplica aquí directamente la doctrina de la Decisión de la Comisión Karaduman contra Turquía: «En los países donde la mayoría de la población pertenezca a una religión concreta, la manifestación de los ritos y símbolos de tal religión, sin límite de lugar y de forma, constituye una presión sobre los alumnos que no practican dicha religión o sobre aquellos que profesan otra distinta».

<sup>60</sup> Véase de nuevo el epígrafe 2 c b.

<sup>61</sup> Con la distinción entre el efecto activo y pasivo de un símbolo religioso, el STEDH parece apartarse de la unitaria potencialidad adoctrinadora de que le atribuyó al crucifijo en la primera STEDH Lautsi contra Italia, al que reconoce como un *powerful external symbol*, concepto acuñado en la STEDH Dahlab contra Suiza, de 2001.

<sup>62</sup> VfGH, 11.03.2011, par. 73. La literatura también ha avalado la no afectación del crucifijo a los derechos de los alumnos ni de sus padres, véase Theo Mayer Maly, «Das Kreuz in österreichischen Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 219 y ss.

Para llegar a tal conclusión, el TEDH parte, en primer lugar, de que el crucifijo representa un mero símbolo pasivo, y no activo, como sucede en el caso de los discursos dialécticos o en la participación en actividades religiosas (pár. 72). Sin embargo, lo más relevante es que el TEDH admite la interpretación de que el crucifijo «más allá que reflejar las creencias de una religión, expresa los valores en los que se funda la democracia y la civilización occidental» (par. 67 y 68).<sup>63</sup> Algo que también acepta el Tribunal Constitucional austriaco, que concibe a la cruz «sin duda como un símbolo de la historia espiritual occidental».<sup>64</sup> Para el TEDH, forma parte del margen de apreciación del Estado la decisión de «perpetuar o no una tradición (cultural)» (par. 66, 68 y 70).<sup>65</sup>

Como se puede deducir de lo expuesto, el TEDH se fundamenta en un modelo de neutralidad política en la educación, facultando al Estado a proyectar en la escuela aquellos principios y valores que definen una homogeneidad religiosa y cultural existente en la sociedad.<sup>66</sup> Esta homogeneidad es la TEDH define con el concepto «tradición cultural occidental» y en la que se encuadra el crucifijo. Por eso el Estado puede proyectar esta tradición en la escuela obligando a la minoría a aceptar las convicciones religiosas de la

---

<sup>63</sup> Esta concepción del crucifijo como una tradición civil ha sido avalada en la literatura por Joseph Isensee, «Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation», *op. cit.*, pág. 13. Véase críticamente Stephan Huster, «Die religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Das Kreuz in der Schule aus liberaler Sicht», *op. cit.*, pág. 87.

<sup>64</sup> VfGH, 9.03.2011, par. 66.

<sup>65</sup> Esta expresión fue ya empleada en el voto particular de los Magistrados Seidl, Söllner y Haas emitido contra la Sentencia del Crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 93,1). Existe una abundante literatura crítica que ha venido también a cuestionar el carácter adoctrinador del crucifijo al expresar valores que forman parte de la tradición cultural occidental, incluso de las del resto de las religiones, véase Christian Link, *Staat crux? Die Kreuzifix-Entscheidung des BVerfGE*, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, pág. 3355 y Ernst Benda, *Das Kreuzifix-Urteil ist zu Apodiktisch*, *op. cit.*, 427-431. En contra se posicionan otros autores que, de acuerdo con la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional Federal, consideran que permitir la exhibición de crucifijos en las escuelas públicas implicaría un inadecuado sometimiento de la minoría a la mayoría, véase Peter Badura, «Das Kreuz in Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 36, Stteffen Detterbek, «Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?», Neue Juristische Wochenschrift, 1996, pág. 426.

<sup>66</sup> Véase Josef Isensee, «Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche» en Burkhard Kämper y Hans Werner Tönnies (eds.), *Die Verantwortung der Kirche für den Staat. Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, núm. 25, Aschendorf, Münster, 1991, pág. 104, 141.

mayoría,<sup>67</sup> tal y como propone la doctrina del asimilacionismo educativo. Sobre parecidas premisas se asienta la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco al afirmar la Constitución no excluye que el Estado «pueda contraponer a los alumnos a convicciones religiosas y filosóficas de otros» (VfGH. 9.03.2011, par. 66).<sup>68</sup>

### 3. LOS FINES EDUCATIVOS COMO PRESUPUESTO PARA DEFINIR EL MODELO DE NEUTRALIDAD EDUCATIVA EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS EUROPEOS

Como se ha tratado de exponer, la jurisprudencia se ha mostrado dividida en lo que se refiere a la precisión del modelo de neutralidad que ha de presidir la interpretación de las normas que, en los actuales sistemas jurídicos democráticos, regulan la función educativa a través de la atribución de diferentes facultades al Estado y a la sociedad (por ejemplo, en los arts. 2 IP CEDH y 14.3 CDFUE). En realidad, para poder determinar de manera coherente si en la educación ha de aplicarse un modelo de neutralidad multicultural o política resulta imprescindible construir una teoría jurídica de los fines de la educación.

Es cierto que, en el fondo, tras la opción de educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental ya se encuentra implícita una diversa concepción sobre los fines educativos a los que ha de orientarse la educación. No obstante, también lo es que la contradictoria respuesta ofrecida por el TEDH y por ciertos tribunales constitucionales europeos acerca de si el crucifijo puede estar presente o no en las aulas evidencia que la teoría jurídica sobre los fines de la educación dista de estar bien definida. Sólo escasos órdenes jurídicos supranacionales y constitucionales han organizado la función educativa proclamando de una manera expresa fines educativos. A pesar de que esa técnica normativa presenta importantes deficiencias, es posible que su análisis pueda erigirse en un buen punto de partida para

---

<sup>67</sup> Esto mismo acaba sucediendo cuando el TEDH, con ocasión del análisis del velo portado por una profesora afirmó que el citado símbolo constituye «una prescripción coránica difícilmente compatible con el principio de igualdad entre sexos» (STEDH Dahlab contra Suiza). Aquí en el fondo se parte también de una concepción política de la neutralidad, imponiendo la subordinación de una cierta concepción cultural y religiosa a otra basada efectivamente en el principio de igualdad, pero cuya estricta aplicación había de concebir al velo como una de sus manifestaciones y, en definitiva, del pluralismo.

<sup>68</sup> Como así disponía el art. 12,2 de la *Kindergartengesetz*, (30.06.2006) del Estado de Niederösterreich (LGBl 5060-2), sobre la que se pronunció la sentencia de constitucionalidad.

construir la teoría jurídica de los fines educativos en un sistema democrático y, a partir de ello, definir cuál es el modelo de neutralidad aplicable a ella. En definitiva, si se ha de educar para el pluralismo o en la tradición cultural occidental.

*a. La práctica ausencia de fines educativos en los sistemas europeos.*

La gran mayoría de los sistemas democráticos europeos han optado por organizar jurídicamente la función educativa a través del reconocimiento de diversas facultades al Estado y a la sociedad. Así sucede, como se ha visto, en el art. 2 IP CEDH y en el art. 14 CDFUE que reconocen, por una parte, al Estado la facultad de organizar la educación y la enseñanza y, por otra, el derecho de los padres para que sus hijos reciban una educación religiosa o filosófica de acuerdo con sus propias convicciones.<sup>69</sup> Este modo de organizar jurídicamente la función educativa —que sirvió para negar la aplicación de un modelo de neutralidad radical en la educación—,<sup>70</sup> ha resultado también asumido por la mayoría de las Constituciones europeas (véase por ejemplo, el art. 33 de la Constitución de Italia o los arts. 6 y 7 de la Ley Fundamental de Bonn). Solo algunos sistemas supranacionales y nacionales han optado, además, por proclamar expresamente fines educativos como *normas de programación final*, que imponen la realización de concretos fines y de valores en la educación.<sup>71</sup>

La proclamación de los fines de la educación ha sido una técnica normativa utilizada en el orden convencional internacional. El art. 26,2 DUDH, de manera bien similar al art. 13,1 PIDESC, determina que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo

---

<sup>69</sup> Véase Cecile Günter, *Die Auslegung des Rechts auf Bildung in der Europäischen Grundrechtsordnung*, Peter Lang, Frankfurt, 2007, pág. 286 y ss., cfr. Hans-Dietrich Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, CH. Beck, München, 2010, pág. 155 y 156.

<sup>70</sup> Véase nuevamente el epígrafe 3 a.

<sup>71</sup> Véase sobre la estructura normativa de estas disposiciones, Peter Häberle, *Orientierungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, op. cit., pág. 46 y ss., Michael Bothe, «Erziehungsauftrag und Erziehungsmastab der Schule im Freiheitlichen Verfassungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 54, 1995, pág. 22.



de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz». Sin embargo, posiblemente haya sido el art. 29,2 de la Convención de Derechos del Niño el sistema convencional internacional el que contenga una regulación más prolija de los fines y de los valores a los que ha de orientarse la educación.

Entre los fines educativos expresamente previstos se enumera: «a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural».

La regulación de fines educativos ha sido muy poco frecuente en los sistemas constitucionales europeos. La Constitución de Austria (art. 14,5a), la Constitución Española (art. 27,2), la de Grecia (art. 73,2) o la de Portugal (art. 16,2), han optado por orientar la educación a un buen número de principios y de valores, enunciados de una manera bien heterogénea, que resultan a grandes rasgos coincidentes con los proclamados en los documentos internacionales citados.<sup>72</sup> Sin embargo, como se verá seguidamente, dichas normas, a pesar de que plantean a la literatura jurídica interesantes cuestiones dogmáticas para la resolución de las controversias

---

<sup>72</sup> El art. 14,5 a) de la Constitución de Austria proclama como valores esenciales de la escuela «la humanidad, la democracia, la solidaridad, la paz y la justicia, así como la sinceridad y tolerancia entre los hombres». El art. 27,2 de la Constitución Española dispone que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad del individuo, dentro del respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales y libertades públicas». El art. 73,2 de la Constitución de Grecia establece que «La educación tendrá por objetivo la educación moral, cultural, profesional y física de los helenos, así como el desarrollo de su conciencia nacional y religiosa y su formación como ciudadanos libres y responsables». El art. 16,2 de la Constitución de Portugal pone su énfasis en que la educación «contribuya a la igualdad de oportunidades, a la superación de las desigualdades económicas, sociales y culturales, al desenvolvimiento de la personalidad y del espíritu de la tolerancia, a la comprensión mutua, y a la responsabilidad para el progreso social y para la participación democrática en la vida colectiva».



jurídicas en la escuela, presentan no pocos problemas para poder definir adecuadamente cuál ha de ser el modelo de neutralidad educativa (política o multicultural).

*b. La necesaria construcción dogmática de los fines educativos.*

El análisis normativo de los fines educativos como disposiciones específicamente reguladoras de la función educativa ha recibido una escasa atención por parte de la literatura jurídica, incluso en los sistemas jurídicos en los han recibido una plasmación expresa.<sup>73</sup> Quizás lo que más se eche en falta sea un esfuerzo de sistematización y de concreción acerca de lo que exigen jurídicamente en la educación.<sup>74</sup> En ocasiones, el «sinfin» de fines y de valores tan abstracta y genéricamente proclamados –como, la humanidad, la apertura, el pluralismo, la amistad, la convivencia, la dignidad humana, la conciencia nacional, la comprensión, la tolerancia... poco ayuda a definir el modelo de neutralidad aplicable a la educación.<sup>75</sup> El carácter abstracto y heterogéneo de los fines educativos ha sido con frecuencia un poderoso argumento para negar en la literatura su naturaleza jurídica,<sup>76</sup> lo

<sup>73</sup> En el ordenamiento austriaco no se ha llevado a cabo una construcción dogmática de los fines educativos que se plasman expresamente en el art. 14,5 de la Constitución (B-VG). Su estructura normativa, su contenido y su función delimitadora de las funciones del Estado y la sociedad no ha sido detenidamente analizada por la literatura, véase ejemplificativamente Robert Walter, Heinz Mayer y Gabriele Kucsko-Stadlmayer (edits.), *Bundesverfassungsrecht*, 10.º edición, Manz, Wien, 2007, pp. 754-755.

<sup>74</sup> A ello no ha contribuido demasiado su tratamiento en el ámbito del derecho internacional, que además se ha centrado esencialmente en la función programadora del menor de edad, no tanto en la función delimitadora de los fines educativos sobre las facultades que se atribuyen al Estado y a los padres en la educación, véase, por ejemplo, Gudmundur Alfredson, *The right to human rights education* en Asbjør Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (edits.), *Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., pág. 213.

<sup>75</sup> Véase Heirich Roth, «Die Lern- und Erziehungsziele und ihre Differenzierung nach Entwicklungs- und Lernstufen», *Die deutsche Schule*, núm. 63, 1991, pág. 67 y ss.

<sup>76</sup> A ello han coadyuvado los comentaristas de la Constitución de Weimar de 1919, la primera Constitución democrática en la que se proclaman de manera expresa los fines educativos. En su art. 148 se determinada que *en todas las escuelas se procurará formación moral, la educación cívica y el perfeccionamiento personal y profesional, de acuerdo al espíritu del sentimiento alemán de humanidad y de reconciliación entre los pueblos*. Véase Friedrich Giese, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11 August 1919*, Carl Heymanns, 3.ª edición, Köln y otros, 1921, pág. 332. Véase en la literatura, negando su valor jurídico y apostando por su naturaleza más bien moral, Gerd Röllecke, «Erziehungsziele und der Auftrag der Staatsschule» en idem., *Aufklärer Positivismus. Ausgeklärter Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates*, cf. Müller, Heidelberg, 1995,

que, sin embargo, la ciencia jurídica ha de negar ante la necesidad de dotar de contenido a toda disposición incluida en una norma jurídica vinculante.<sup>77</sup>

En ocasiones, ha sido posible apreciar cómo en la jurisprudencia y en la literatura la elección de un modelo político o multicultural de neutralidad han traído su causa en una diferente elección entre toda la pluralidad de los fines educativos expresamente proclamados. Y así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco al declarar la constitucionalidad de la exposición del crucifijo en las guarderías en el supuesto de que la mayoría de los alumnos pertenezcan a una confesión cristiana,<sup>78</sup> utilizó como uno de sus argumentos que el art. 14,5 a) de la Constitución erige a la diversidad y la tolerancia como fines educativos, *pero también* la «responsabilidad hacia los valores sociales, religiosos y morales». Descarta así un modelo de neutralidad multicultural —que habría de estar basado justamente en la diversidad y en el pluralismo—, y se decanta más bien por un modelo político de neutralidad, al apoyar su argumentación en el fin educativo-constitucional de la responsabilidad ante los valores religiosos, religiosos y morales. El crucifijo acaba siendo implícitamente adscrito a uno de esos los valores, al concebirlo como la expresión de la «tradición cultural occidental».<sup>79</sup>

---

pág. 261. También en parecidos términos, aunque en un sentido menos estricto, concibiendo a los fines educativos como *soft law*, véase el clásico trabajo monográfico de Peter Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, *op. cit.*, pág. 62.

<sup>77</sup> Sin embargo, mayores problemas para reconocer la juridicidad de los fines educativos la plantean algunos textos constitucionales federales del vigente constitucionalismo alemán han identificado ciertos fines educativos en valores religiosos como «veneración cristiana a Dios» o «en el amor al prójimo», como reminiscencias del constitucionalismo histórico alemán en el que aún existía una confusión entre el orden religioso y el jurídico. Véase como ejemplo de aquellos fines religiosos, el art. 11 y ss. de la Constitución de Baden-Württemberg, el art. 128 de la Constitución de Baviera, el art. 26 de la Constitución de Bremen, el art. 56 de la Constitución de Hessen, el art. 7 de la Constitución de Nordrhein Westfalen, el art. 27 de la Constitución de Rheinland-Pfalz y el art. 26 de la Constitución de Saarland. Críticamente sobre la juridicidad de tales fines en el marco de los presupuestos de los ordenamientos jurídicos actuales, Gerd Roellecke, *Erziehungsziele und der Auftrag der Staatsschule*, *op. cit.*, pág. 257 ss., véase también Klaus Frauenrath, *Die Erziehungsziele in der Schulartikeln der Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen —Entstehungsgeschichte und Umsetzungsprobleme auf die Schule*, Schaker, Aachen, 1995, pág. 255 y ss.

<sup>78</sup> Conforme a lo dispuesto en el art. 12,2 de la *Kindergartengesetz*, (30.06.2006) del Estado de Niederösterreich (LGBL 5060-2), objeto de enjuiciamiento en la sentencia de 9.3.2011.

<sup>79</sup> VfGH, de 9.03.2011 (2.4 y 24,1 par. 66 y 67).

Dejando a un lado por el momento las dificultades jurídicas derivadas del carácter tan abstracto y heterogéneo de las normas que proclaman expresamente los fines educativos para determinar qué modelo de neutralidad ha de aplicarse a la educación, quizás el más importante interrogante al que conduzca su análisis es qué sucede en supuestos en los que los fines educativos no han sido ni siquiera proclamados de forma expresa, lo que ha tenido lugar con gran frecuencia en los sistemas jurídicos europeos. Si se parte de que cualquier delimitación de las funciones atribuidas al Estado y de la sociedad en la educación presupone implícitamente una concepción sobre los fines a los que aquélla ha de servir,<sup>80</sup> se impone la lógica necesidad de proceder a su construcción dogmática (implícita) a partir del resto de normas contenidas en los diferentes sistemas normativos. La jurisprudencia supranacional y constitucional ha demostrado sobradamente esa necesidad.<sup>81</sup>

Incluso las posiciones críticas que en la literatura científica han tratado de cuestionar el carácter jurídico-normativo de los fines educativos han acabado por tener que presuponerlos implícitamente de alguna manera.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Véase nuevamente el epígrafe 2 c.

<sup>81</sup> Como por ejemplo en el caso de impartición de asignaturas dentro de los planes de estudio como la educación sexual, cuya legitimación se encuentra en la necesidad de impartir una formación integral para el desarrollo de la personalidad de los educandos, con la exigencia además de que dicha formación sea «objetiva, crítica y pluralista» — problema ya resuelto por la STEDH Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen c. Dinamarca (1976). En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase la construcción de los fines educativos, sin plasmación constitucional expresa, en BVERFGEE 4, 7, 27, 344, 47,46. También el Tribunal Constitucional Suizo ha realizado una construcción implícita de los fines educativos, en ausencia de consagración constitucional, véase BGE 129 I 35, 117 Ia 27. En la literatura véase para el ordenamiento alemán, Ekkehard Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, Neuwied, Luchterhand, 1967, Hans Ulrich Evers, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, op. cit., p. 59. Para Suiza, véase Astrid Epiney y Berdhard Walmann, «Soziale Grundrechte und Soziale Zielsetzungen» en Hans Jürgen Papier y Detlef Merten (eds), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa — Grundrechte in der Schweiz und in der Liechtestein* (Vol VII/2)—, Cf. Muller, Heidelberg, 2007, pág. 625 y 626.

<sup>82</sup> Y así, en la Constitución de Suiza, en la que no se proclaman expresamente fines educativos, la literatura ha construido has seis principios con tal carácter: 1) bien del menor, 2) integración, 3) igualdad de oportunidades, 4) transparencia 5) calidad educativa y 6) pluralismo. De todos modos, sigue planteando en la literatura su carácter más bien ético que jurídico, cfr. *Stephan Hördegen, Grundziele und –werte der «neuen» Bildungsverfassung*, Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, n.º 3, 2007, pág. 119-120. Véase también al respecto Herbert Plotke, *Schweizerisches Schulrecht*, 2.ª edición, Haupt, Bern, Stuttgart, Wien, 2003, pág. 402 y s.

De todos modos, también parece haber quedado demostrado que sin criterios adecuados para poder construirlos puede derivar indistintamente hacia la aplicación de un modelo de neutralidad política o multicultural para la delimitación de las facultades que se atribuyen al Estado y a la sociedad en la función educativa y, en definitiva, para la resolución de los conflictos planteados. El problema que se plantea, pues, es de dónde y cómo poder construir los fines educativos en un sistema jurídico-democrático.

*c. Los principios estructurales del sistema jurídico como criterios para definir los fines educativos.*

Como se ha puesto de relieve al comienzo del trabajo, la educación se define como un proceso de comunicación a través del cual la sociedad pretende autopreservarse formando a los nuevos miembros de la comunidad en los principios y valores fundamentales que le dotan de cohesión.<sup>83</sup> Esa labor cohesionadora en el seno de un sistema jurídico no pueden desempeñarla otras normas que no sean sus principios estructurales, toda vez que su función reside en predeterminar en sus aspectos esenciales cómo se crean las normas del sistema jurídico y, en lo que aquí interesa, cuáles son las relaciones existentes entre Estado y sociedad. Si de lo que se trata, en definitiva, en la educación —y en lo que predetermina el modelo de neutralidad que debe de ser aplicable a la función educativa— es delimitar las facultades que los sistemas jurídicos atribuyen al Estado y a la sociedad en la educación, es claro que los elementos normativos que deben de coadyuvar sobre todo a tal propósito han de ser justamente los principios estructurales del sistema jurídico.

El principio de Estado de derecho, el principio de Estado social y el principio democrático son esos criterios normativos que, en la actualidad, dotan de cohesión a las sociedades jurídicamente organizadas, tanto a nivel nacional como supranacional.<sup>84</sup> Por ello, en dichos principios han de identificarse los verdaderos fines educativos que deben de determinar el modelo de neutralidad en la educación.<sup>85</sup> En aval de esta posición que identifica fines

<sup>83</sup> Cfr. Peter Haberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, *op. cit.*, pág. 42, Thomas Meyer, «Parallellgesellschaft und Demokratie» en idem y Reinhard Weil (edits.), *Die Bürgergesellschaft: Perspektiven für Bürgerbeteiligung und Bürgerkommunikation*, Dietz Nachf, Bonn, 2002, pág. 343 y ss.

<sup>84</sup> Véase Armin von Bogdandy y Jürgen Bast, *Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und Dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2009, pág. 25-30.

<sup>85</sup> Cfr. Thomas Opperman, *Nach welchen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?*, *Gutachten C zum 51. Deutschen*

educativos y principios estructurales cabe recurrir a los sistemas jurídicos que han procedido a regular expresamente los fines de la educación. Su detenido análisis —art. 26,2 DUDH, 13,1 PIDESC, art. 14,5a de la Constitución de Austria, en el art. 27,2 de la Constitución Española, entre otras ya citadas— permite constatar cómo, en último extremo, en ellos se acaban proclamando principios y valores que se adscriben directamente al contenido normativo nuclear de los principios de Estado social y democrático de derecho.<sup>86</sup> No deja de revelar esto, en cierta medida, lo que más bien parece tener que entenderse como un contenido declarativo (no constitutivo), de las disposiciones que regulan expresamente los fines de la educación. No puede entenderse del todo correcto, desde un punto de vista jurídico, que los fines educativos carezcan de valor normativo, conclusión a la que ha llegado un buen número de posiciones en la literatura jurídica,<sup>87</sup> ya que toda disposición incluida en un texto dotado de valor jurídico vinculante ha de tener tal carácter.

Libertad, igualdad, pluralismo y participación representan los principios a los que, con carácter general, cabe reconducir la abstracción y la heterogeneidad de fines y sub-fines educativos que se han plasmado en los diferentes sistemas jurídicos.<sup>88</sup> A esta misma consecuencia ha acabado lle-

---

*juristentag*, CH Beck, München, 1976, pág. 51 y ss.

<sup>86</sup> En la literatura austriaca, con carácter general, no ha existido un tratamiento dogmático autónomo de los fines educativos. Véase, por ejemplo, Thomas Kröll, «Kulturelle Rechte» en Hans Jürgen Papier y Detlef Merten (edits), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und in Europa. Tomo VII-1. Grundrechte in Österreich*, cf Müller, Heidelberg, 2009, pág. 194 y ss. Sin embargo, algún estudio parece apuntar a la consecuencia de identificar principios estructurales y fines educativos, cfr. Walter Berka, *Lehrbuch Verfassungsrecht*, op. cit., pág. 420. Por su parte, en la literatura española, entre los escasos estudios existentes al respecto la citada consecuencia puede verse en Benito Aláez Corral, «El ideario educativo constitucional como fundamento para la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, pág. 35.

<sup>87</sup> Véase nuevamente Peter Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, op. cit., pág. 62 y Gerd Röllecke, «Erziehungsziele und der Auftrag der Staatsschule», op. cit., pág. 261.

<sup>88</sup> Sobre este intento de categorización y de jerarquización de los fines educativos, a partir de la categoría de fines principales, subfines y normas condicionales, véase Hans-Ulrich Evers, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, op. cit., pág. 123. De acuerdo con esta categorización puede verse, por ejemplo, como el principio democrático del pluralismo puede identificarse los fines educativos como «la apertura», «la tolerancia» (art. 14,5 B-VG), «la solidaridad» (art. 73,2 de la

gando la literatura y la jurisprudencia en el momento de tener que construir implícitamente de los fines educativos cuando éstos no han recibido plasmación normativa expresa.<sup>89</sup> Por ello, el dilema jurídico-educativo planteado recientemente por la jurisprudencia europea del crucifijo al amparo de dos modelos de neutralidad, entre si educar para el pluralismo o en la tradición cultural occidental, ha de solventarse en marco de los principios de Estado social y democrático de derecho. Y muy principalmente del principio democrático, en el que en último lugar se proyectan las exigencias educativas de aquellos otros principios: la libertad, la igualdad, el pluralismo y la participación. Lo que debe plantearse, en realidad, es qué elementos y consecuencias de los modelos de neutralidad política y multicultural son compatibles con esos fines educativos.

#### 4. EL MODELO DE NEUTRALIDAD MULTICULTURAL COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. LA RESOLUCIÓN DEL DILEMA EDUCATIVO EN EUROPA.

##### *a. Los fines educativos de la libertad, la igualdad y el pluralismo y el modelo de neutralidad multicultural en la educación.*

Un sistema jurídico democrático, que garantiza la libertad, la igualdad, el pluralismo y la participación tiene que negar el presupuesto sobre el que se

---

Constitución de Portugal), «la comprensión», «la tolerancia», «la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos», el «mantenimiento de la paz», (art. 26,2 DUDH y 13,2 PIDESC) y el «respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 29,2 CDN).

<sup>89</sup> Y así en el ámbito de la Ley Fundamental de Bonn, ausentes los fines educativos, la doctrina los ha identificado en diferentes normas constitucionales (Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV, CH Beck, München, 2011., pp. 435 y ss.): 1) «los principios de Estado social, democrático y de derecho, el principio federal, reconocidos en los arts. 20,1 y 79,3 GG», que como se puede apreciar consagran directamente principios estructurales. 2) «El orden democrático liberal de los arts. 9,2, 18 y 21,2 GG», un orden a la que la doctrina y la jurisprudencia alemana han identificado de manera consolidada con los principios y valores sustraídos al cambio en el art. 79,3 de la Ley Fundamental de Bonn, que se identifican de nuevo con los principios estructurales (Christoph Gusy, «Die 'freiheitliche Demokratische Grundordnung' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, núm. 105, 1980, pág. 279 y ss. Prosiguiendo con la enumeración de los fines educativos en la Ley Fundamental: 3) «la dignidad humana (1,1 GG) y el pleno desarrollo de la personalidad (art. 2,1 GG), el principio de igualdad (art. 3 GG) y pluralidad ideológica (art. 5 GG)» que no expresan si no los principios de libertad, igualdad y pluralismo político consustanciales a los principios estructurales de Estado social y democrático de derecho. A los mismos resultados ha llegado la doctrina en la construcción implícita de los fines educativos en el contexto de la Constitución de Suiza, véase nuevamente *Stephan Hördegen, Grundziele und -werte der «neuen» Bildungsverfassung*, op. cit., pág. 119.

edifica el modelo de neutralidad política, que parte de la existencia de una homogeneidad política, religiosa y cultural en la sociedad que ha de ser asegurada incondicionalmente por el Estado en la educación. La aplicación de este modelo de neutralidad política ha conducido a que los valores mayoritariamente compartidos en sociedad se impongan en la escuela a la minoría, lo que ha sucedido en la jurisprudencia europea al concebir al crucifijo como la expresión de la tradición cultural occidental (mayoritaria), imponiendo a los alumnos que no comparten tal tradición la obligación de ser educados ante tal símbolo —STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.03.2011 y la Sentencia del VfGH, de 9.03.2011—.

Los fines educativos que se derivan del principio democrático imponen más bien lo contrario, que todos los valores religiosos o culturales que son expresión del ejercicio de la *libertad*, sean tratados *igualmente* en la escuela y que conformen una realidad *plural* que, a través de la participación, ha de estar llamada a proyectarse en el Estado. Los fines educativos de la democracia exigen al Estado garantizar un modelo de neutralidad, no política, sino más bien multicultural. Ese es el deber que el TEDH ha impuesto al Estado de garantizar una educación «objetiva, crítica y pluralista» (STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7.12.1976). De esta manera es posible garantizar los derechos que los sistemas democráticos europeos garantizan a los padres para que sus hijos reciban una educación que conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (por ejemplo, los arts. 2 IP CEDH, art. 14,3 CDFUE y entre las Constituciones nacionales, el art. 6,2 de la Ley Fundamental de Bonn, el art. 27,3 de la Constitución de España).

La exigencia de una «educación objetiva, crítica y pluralista» en la que se materializa el modelo de neutralidad multicultural difícilmente puede conseguirse cuando el crucifijo, como expresión de una determinada tradición, sea religiosa o cultural, se encuentra presente *incondicionalmente* en la escuela impidiendo a los alumnos sustraerse a su contenido simbólico.<sup>90</sup> Así lo entendió el TEDH en su primera Sentencia Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, al afirmar que el tribunal «no ve cómo la exposición en las aulas de un símbolo que es razonable asociar con el cristianismo, puede contribuir al pluralismo educativo esencial para preservar una sociedad democrática»

<sup>90</sup> Cfr. Peter Badura, «Das Kreuz in Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 36, Steffen Detterbek, «Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pág. 426.



(par. 56). Para llegar a esta conclusión, en realidad, resulta irrelevante si el crucifijo representa un símbolo meramente pasivo o activo o si es la expresión de un símbolo religioso o simplemente cultural, argumentos de los que, sin embargo, se sirvió la posterior STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.3.2011, para negar en esta ocasión que el crucifijo pudiera suponer una lesión de los derechos que el art. 2 1P CEDH reconoce a los padres para que sus hijos reciban una educación religiosa o filosófica que esté en coherencia con sus propias convicciones.

Lo único relevante para el modelo de neutralidad multicultural es que la exposición *permanente e incondicional* del crucifijo en el aula —ya sea como símbolo religioso o cultural— genera la convicción en los alumnos, como individuos en formación de su personalidad, de ser la única concepción válida en sociedad.<sup>91</sup> Conforme a lo aquí expuesto, nada impide que el Estado pueda proyectar en la escuela tradiciones culturales o religiosas existentes en la sociedad. Más bien lo contrario, lo impone la neutralidad multicultural que ha de reflejar en la mayor medida posible la heterogeneidad y la pluralidad existente en sociedad. La exhibición de un crucifijo en el aula podría respetar la neutralidad multicultural si que el Estado es capaz de relativizar su contenido ante los alumnos, concibiéndolo sólo como una de las diversas convicciones religiosas y/o culturales válidas en sociedad. Es decir, que otras también son posibles. El problema es cómo puede conseguirse esta relativización.

*b. Neutralidad multicultural y legislador democrático. El dilema de la educación como problema fáctico.*

Naturalmente todo intento de construir jurídicamente principios capaces de delimitar la labor del Estado en base a los fines de la educación democrática resulta valorable. Es precisamente una de las tareas de la ciencia jurídica. No obstante, tratar de predeterminar a partir de tales principios lo que puede o no hacer el Estado en la educación seguramente esté llamado al fracaso. Sobre todo, porque la garantía de la neutralidad multicultural en la escuela es fundamentalmente un *problema de carácter fáctico*.<sup>92</sup> Si lo que trata de este modelo es proyectar una realidad social heterogénea y plural en la educación, su cumplimiento por parte del Estado ha de enjuiciarse

<sup>91</sup> BVerfGE. 93, I par. 39.

<sup>92</sup> Cfr. Stephan Huster, *Die ethische Neutralität des Staates*, op. cit., 239 y ss.



conforme a la configuración de aquella realidad. Es labor del legislador democrático determinar, de acuerdo con las circunstancias fácticas existentes, cómo satisfacer el modelo de neutralidad multicultural en la escuela, debiendo el juez únicamente limitarse a examinar si la opción legislativa garantiza, de alguna de las maneras posibles, una educación «objetiva, crítica y pluralista». Que el legislador, para garantizar la neutralidad multicultural debiera configurar la escuela incorporando *todas* las tradiciones religiosas, culturales existentes en la sociedad sería, desde luego, loable. Sin embargo, ello constituiría un mito impracticable<sup>93</sup> que la jurisprudencia del TEDH, por otra parte, ha negado.<sup>94</sup> El legislador goza de margen de libertad para seleccionar qué tradiciones han de proyectarse en el aula y cómo han de manifestarse ante los alumnos.

Y así, el legislador, en una sociedad en la que esté presente un gran multiculturalismo, podría decidir no exhibir el crucifijo para salvaguardar la paz escolar y explicar, como objeto de una o de varias asignaturas, su contenido religioso o cultural de manera «objetiva, crítica o pluralista», junto a otras concepciones sociales religiosas o culturales. Pero también podría ser posible dotar a estas asignaturas un carácter más confesional, contemplando una normativa de exenciones para garantizar los derechos de la minoría.<sup>95</sup> Incluso el legislador puede garantizar la neutralidad multicultural si en una sociedad relativamente homogénea desde un punto de vista religioso o cultural, decide la inicial exhibición del crucifijo en el aula

<sup>93</sup> Véase Stephan Huster, «Die religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Das Kreuz in der Schule aus liberaler Sicht», *op. cit.*, pág. 93.

<sup>94</sup> STEDH caso lingüístico belga.

<sup>95</sup> En la jurisprudencia europea, véase STEDH Hassan Eylem Zengin contra Turquía, STEDH Folgero contra Noruega, STEDH Efstratiou c. Grecia. BVerfGE 52, 223 —*Schulgebet*—. En Suiza, hasta su derogación por referéndum popular (1.6.2008), el art. 77a) de la *Schulgesetz* del Estado de Basel (ref. 410.100) autorizaba al profesor a comenzar y finalizar la clase con una oración o con una coral si todos los alumnos estaban de acuerdo con ello. Véase un análisis de tal cuestión Herbert Plotke, *Schweizerisches Schulrecht*, *op. cit.*, pág. 199. La jurisprudencia americana ofrece también supuestos al respecto, véase Engel versus Vitale, 370 U.S. 421 (1962); School Dist. of Abington Twp. versus Schempp, 374 U.S. 203 (1963); Lee versus Weisman, 505 U.S. 577, 599 (1992). Véase también la Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 18, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993). *La educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores (punto 6.º).*

contemplando su retirada cuando lo solicite la minoría. No se trata, en este caso, de una primacía de la mayoría sobre la minoría, ni a la inversa, sino de lo realmente importante, del eficaz desempeño de la función democrática de la educación, toda vez que tener que retirar el crucifijo refleja ante los estudiantes cristianos que otras opciones religiosas son también perfectamente válidas en sociedad. Estos supuestos pueden considerarse opciones legislativas válidas para garantizar fácticamente el modelo de neutralidad multicultural en la escuela.

##### 5. CONCLUSIÓN.

El TEDH y también ciertos tribunales constitucionales ha planteado en su jurisprudencia sobre el crucifijo un importante dilema jurídico-educativo llamado a incidir sobre la eficaz cohesión y convivencia de las sociedades multiculturales europeas. La jurisprudencia ha mostrado dos líneas bien distintas. Si en un primer momento el TEDH en su sentencia *Lautsi contra Italia* (2009) —siguiendo la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán— consideró que el crucifijo negaba la *neutralidad* del Estado al erradicar el *pluralismo*, por dotar de preminencia en la escuela una determinada concepción religiosa, posteriormente en su sentencia de la Gran Sala *Lausti contra Italia* (2011) —como el Tribunal Constitucional de Austria—, entendió que la cruz no suponía un menoscabo de la neutralidad (religiosa) del Estado al poder ser entendido como uno de los valores de la tradición cultural occidental.

El dilema jurídico, así planteado, se apoya en realidad, en dos modelos diferentes de neutralidad, la neutralidad multicultural, que exige que el Estado manifieste en la escuela toda la pluralidad y la heterogeneidad existente en la sociedad, y la neutralidad política, que impone al Estado educar en los valores mayoritariamente compartidos en la sociedad (lo que expresa la denominada «tradición cultural occidental»). En buena medida ese dilema jurídico planteado encuentra su causa en las deficiencias que presentan la gran mayoría de los sistemas jurídicos europeos (supranacionales y constitucionales) al regular la educación, en los que no se ha determinado cuáles son los concretos fines a los que ha de orientarse la educación. En la medida en que la solución al dilema jurídico depende de ello, se requiere una construcción dogmática de los fines educativos que sea capaz de interpretar adecuadamente las facultades que los sistemas jurídicos atribuyen al Estado y a la sociedad en el ejercicio de la función educativa.

En un sistema democrático, la libertad, la igualdad y el pluralismo han de ser los fines a los que ha de orientarse la educación. Estos fines democráticos-educativos exigen que el Estado proyecte en la escuela toda la pluralidad y la heterogeneidad que la libertad, la igualdad y el pluralismo permiten en la sociedad. Es decir, que adopte una neutralidad multicultural. Sin embargo, dichos fines educativos no resultan incompatibles con que el Estado proyecte en la escuela las diferentes tradiciones religiosas o culturales. El dilema jurídico que ha planteado la jurisprudencia europea entre si educar para el pluralismo o en la tradición cultural occidental, en realidad, no existe. No hay incompatibilidad entre tales opciones.

La neutralidad multicultural no impone, en absoluto, el carácter axiológicamente neutral de la escuela. De otra manera, se llegaría a lo que propone el modelo de neutralidad radical —que los sistemas jurídicos europeos excluyen— que niega al Estado cualquier competencia para transmitir valores en la escuela, es decir, para poder educar, quedando supuestamente relegada su labor al ámbito de la enseñanza. La neutralidad multicultural impone más bien *relativización* de las tradiciones religiosas o culturales que el Estado incorpore a la escuela o, como ha reconocido el TEDH, que las trate de manera «objetiva, crítica y pluralista».

El Estado, a través del legislador democrático, tiene margen de libertad para lograr la neutralidad multicultural en la escuela. Entre otras cosas, porque el cumplimiento de dicha neutralidad multicultural depende precisamente del grado de heterogeneidad o de homogeneidad que exista fácticamente en una concreta sociedad. Mientras que en una sociedad fácticamente heterogénea la realización del modelo de neutralidad multicultural puede requerir, para garantizar la paz escolar, no ubicar el crucifijo en las aulas, mostrando el contenido de dicha tradición cultural o religiosa, por ejemplo, a través de una o varias asignaturas, al lado de otras tradiciones, en una sociedad más homogénea el legislador podría decidir autorizar la presencia el crucifijo, pero permitiendo su retirada cuando lo soliciten ciertos alumnos o sus padres. En definitiva, el modelo de neutralidad multicultural sólo exige que se eduque en que otras tradiciones culturales o religiosas existentes en la sociedad también son posibles. Cómo cumplir este objetivo, corresponde al legislador democrático.

