

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/348622202>

NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NACIÓN/PUEBLO en Espinoza de los Monteros/Pérez Johnso....

Chapter · January 2019

CITATIONS

0

READS

5

1 author:



Benito Alaez Corral

University of Oviedo

94 PUBLICATIONS 117 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Legal globalization and Constitutional Law [View project](#)



Children's fundamental rights [View project](#)

TENDENCIAS CONSTITUCIONALES PARA EL SIGLO XXI EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Coordinadores

JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ

RAÚL PÉREZ JOHNSTON

RICARDO SODI CUÉLLAR

COLECCIÓN DE ESTUDIOS EN TORNO AL CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO



Primera edición, 2018

Tendencias constitucionales para el Siglo XXI en materia de Derechos Humanos

D.R. © JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ
RAÚL PÉREZ JOHNSTON
RICARDO SODI CUÉLLAR

Porrúa Print® es una marca de Librería Porrúa Hermanos y Compañía, S.A. de C.V. con domicilio en República de Argentina núm. 15, colonia Centro, delegación Cuauhtémoc, 06020, Ciudad de México.

Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente ni registrada o transmitida por un sistema de reproducción de información o cualquier otro medio, sea éste electrónico, mecánico, fotoquímico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin permiso por escrito previo de la editorial y los titulares de los derechos.

Todos los derechos reservados

ISBN: 978-607-09-2913-7

Impreso en México / *Printed in Mexico*

NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NACIÓN / PUEBLO¹

BENITO ALÁEZ CORRAL
Universidad de Oviedo / España

I. EL VÍNCULO ENTRE NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA

El aumento que ha experimentado en las últimas décadas la población extranjera residente en España hasta más de cuatro millones de personas² ha puesto sobre la mesa la respuesta que ha de dar el Estado constitucional democrático al impacto de la inmigración en lo que tradicionalmente se ha llamado el “pueblo” del Estado.³ Los movimientos migratorios poseen una gran incidencia sobre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía y, por ende, sobre la soberanía de un Estado democrático, que se construye a partir de ellos.⁴ 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. Los problemas aparecen, no obstante, debido a que la globalización económica y social, creciente en

¹ Este texto es una versión modificada y actualizada del trabajo “Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo”, publicado en *Fundamentos*, 2012, No. 7, pp. 85-129.

² A pesar del descenso en la cifra de extranjeros residentes, consecuencia del impacto de la crisis económica en España, a 1 de enero de 2016, según datos del Padrón municipal <http://www.ine.es/>, la misma era todavía de 4.601.272, esto es, aproximadamente el 10% del total de empadronados.

³ Siguiendo la teoría de los tres elementos del Estado de Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring, Berlín, 1914, p. 406 ss.

⁴ Cfr. Massing, J., *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, Mohr Siebeck, 2001, p. 20 ss.; Alaez Corral, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 5-9.

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, ni consiguientemente de los mencionados institutos de la nacionalidad y la ciudadanía.

Muchos de los estudios existentes sobre la ciudadanía parten de la premisa de que democracia equivale a autogobierno, pero no se responde al interrogante ¿el autogobierno de quién? Todo lo más se ha indagado acerca de si el sujeto de imputación de la soberanía, el pueblo, tiene un carácter abstracto (nacional) o concreto (popular), si corresponde a una unidad homogénea culturalmente o a la suma heterogénea de diversas nacionalidades, etc..., así como acerca de los concretos requisitos para el ejercicio de los derechos de ciudadanía a través de los cuales se participa en el poder, pero unas y otras cuestiones siempre se han tratado en tiempos recientes al margen de la cuestión de quién debe pertenecer al pueblo soberano y por qué. 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,⁵ sigue siendo necesario saber qué súbditos considera la Constitución integrados en el sujeto colectivo de imputación de la soberanía y con qué criterios democráticos se les permite participar en los procesos de nucleares de ejercicio de esa soberanía.

Respecto de lo primero, 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. En un Estado democrático, el Pueblo ha de reflejar de la forma más fidedigna posible el conjunto de individuos sometidos al ordenamiento jurídico a los que imputa el poder soberano, con lo que ha de tener un carácter dinámico; a través de la adquisición originaria o derivativa de la nacionalidad, así como de la

⁵ Cfr. Alaez Corral, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 139 ss.

capacitación para el ejercicio de derechos de ciudadanía, entran y salen de él diversas personas, del mismo modo que entran y salen del territorio sobre cual el Estado ejerce su poder jurídico.⁶ Sin embargo, 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. 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 que el término ciudadanía absorba el significado de ambas categorías. Por lo que se refiere al ordenamiento español, el término nacionalidad aparece en el art. 11 CE⁷ 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 (art. 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 (art. 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 2a. del Capítulo 2o. 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 de la rúbrica de la Sección 2a., Cap. II, Tít. I “De los derechos y deberes de los ciudadanos”), inclusiva de derechos como el de propiedad privada o el de matrimonio, así como de obligaciones como las de pagar impuestos que claramente no están reservados a los nacionales.

⁶ Como señala Hamar, T., *Democracy and the Nation State*, Avebury, Aldershot, 1991, pp. 12 ss., el problema de naturalización o de extensión de los derechos políticos, núcleo de la ciudadanía, a los extranjeros sólo se plantea en términos prácticos en relación con los “*denizens*” (en la terminología de John Locke), esto es, con los extranjeros residentes permanentemente en otro Estado.

⁷ Constitución Española.

Respecto de lo segundo, uno de los elementos que en los últimos dos siglos sin duda más ha contribuido a perfilar una nueva estructura del Estado moderno 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 nacionalidad⁸ 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...,⁹ tal y como ha puesto de relieve la historiografía jurídica más relevante en los distintos países.¹⁰ 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,¹¹ el estatuto fundamental del individuo, incluida la adquisición de la nacionalidad y su estatus como ciudadano pasa a derivarse de uno de los principios estructurales del Estado, el principio democrático, y no de ninguna otra circunstancia o *status* previo,¹² sobre

⁸ 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.* Alaez Corral, B., *Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional*, Historia Constitucional, Vol. 6, 2005 <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/download/62/50> (página visitada el 30-07-2016).

⁹ Para un análisis de la evolución histórico-funcional de la nacionalidad y la ciudadanía véase Alaez Corral, B., *Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional*, *ob. cit.*

¹⁰ *Cfr.* Brubaker, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1992; Gosewinkel, D., *Einbürgern und Ausschliesen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2001; Fahrmeir, A., *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, M., *La notion de nationalité. Evolution historique en droit interne et en droit colonial compare (droit française-droit britannique)*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1951, pp. 6 ss.

¹¹ 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 Freijedo, F.J., *La soberanía borrosa: la democracia*, Fundamentos, 1998, No. 1, pp. 389 ss.

¹² En este sentido, *cfr.* Bryde, B.O., *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratie theorie*, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1995, pp. 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, J., *Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung*, en: Dieter Schwabe (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in*

todo si dicha ciudadanía se condiciona total o parcialmente a la adquisición de aquella nacionalidad. En este sentido, la exigencia definitoria del principio democrático de que los sometidos al poder del Estado, por tanto a su ordenamiento jurídico, puedan participar de forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos (“democracia de afectación”)¹³ 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 poder participar plenamente como ciudadanos en la vida política y jurídica de nuestro país ejerciendo en derecho de sufragio en las elecciones a los parlamentos nacional y autonómicos.

De ahí que, para clarificar estas confusiones terminológicas y analizar la nacionalidad y la ciudadanía a la luz de un entendimiento de la soberanía como democracia de afectación, sea preciso determinar previamente la razón de ser tanto histórica¹⁴ como dogmático-

einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 728-729 ss.

¹³ Cfr. Bryde, B.O., *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, Juristen Zeitung, 1989, Bd. 44, pp. 257-258, aunque no sea la interpretación dominante del principio democrático y de soberanía popular del art. 20.1 GG alemana, que lo identifica con aquella reconducción del poder a 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 Freijedo, F.J., *La soberanía borrosa: la democracia*, op. cit., pp. 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, pp. 445 ss., Rdnr. 26 ss. En las palabras del genial jurista italiano Esposito, C. *Commento all'art. 1 della Costituzione italiana*, en *Raccolta di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1958, p. 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)”.

¹⁴ Sobre la evolución histórica de la nacionalidad y la ciudadanía, confundidas en una misma categoría, véase con carácter general, Costa, P., *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, O./Conze, W./Koselleck, R., *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band I, Klett-Cotta, Stuttgart, 2004, p. XIX ss.

normativa¹⁵ de una y otra, el distinto significado que, en su caso, posean, y la relación funcional que hayan de tener entre sí, para después analizar los condicionamientos que en el ordenamiento español se derivarían del principio democrático (art. 1 CE) sobre la (aparentemente libre) potestad de configuración legal de la nacionalidad (art. 11 CE) y de la ciudadanía. Para ello este trabajo se dividirá en dos partes: una primera 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.¹⁶

II. DIFERENCIACIÓN JURÍDICO-FUNCIONAL DE LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA

1. ¿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 si son necesarios desde el punto de vista de la funcionalidad del sistema jurídico. Hans Kelsen,¹⁷ 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 súbditos (permanente o circunstancialmente sometidos a él) y, en pura teoría, no necesitaría, pues, ni nacionales ni 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.

¹⁵ Sobre la distinta función sociológico-jurídica de uno y otro concepto, *cfr.* Bös, M., *The legal construction of membership: nationality law in Germany and the United States*, Working Papers Series. Center for European Studies, Bd. 5, 2000.

¹⁶ Dada la inexistencia de un derecho fundamental de entrada en el territorio del Estado o de un derecho humano a la inmigración, se dejará a un lado el análisis principalmente filosófico-político de las condiciones bajo las cuales los Estados pueden reglar la entrada y salida en su territorio de quienes no son nacionales ni ciudadanos de la Unión Europea. Sobre ello véase Rieger, G., *Einwanderung und Gerechtigkeit: Mitgliedschaftspolitik auf dem Prüfstand amerikanischer Gerechtigkeits-theorie der Gegenwart*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 1998, pp. 25 ss.; Roellecke, I.S., *Gerechte Einwanderungsrecht und Staatsangehörigkeitskriterien*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pág. 125 ss., y Carens, J.H., *Aliens and Citizens: the case for the open borders*, Review of politics, 1989, Vol. 49, pp. 251 ss.

¹⁷ Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Bad-Homburg v.d. Höhe, 1966 (Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der ersten Auflage 1925), pp. 159-160.

Con todo, de un lado, 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.¹⁸ En efecto, 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 que coincida con la población que más contacto posee con un territorio sobre el que ejerce eficazmente el poder público,¹⁹ y, 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 territorial.

Precisamente a ese vínculo que define cuál es el pueblo de un Estado,²⁰ sobre el que se aplica la protección diplomática en el derecho internacional público, y que determina la ley personal en el derecho internacional privado, es a lo que se denomina nacionalidad, y hace que esta institución jurídica sea por el momento necesaria desde el mero punto de vista de la funcionalidad del sistema jurídico.²¹

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,²² ha ido creciendo históricamente en autonomía respecto de la nacionalidad, junto con la que representa el

¹⁸ Sobre el problema de la relación entre el ordenamiento internacional y el estatal *cfr.* Aláez Corral, B., *Soberanía constitucional e integración europea*, Fundamentos, No. 1, 1998, pp. 519 ss.

¹⁹ Sobre la territorialidad del poder político y la trascendencia de ello para la nacionalidad y la ciudadanía, *cfr.* Bauböck, R., *Transnational citizenship*, Edward Elgar, Aldershot, 1994, pp. 16 ss.

²⁰ Para Brubaker, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, *op. cit.*, pp. 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.

²¹ Aláez Corral, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, pp. 79 ss.

²² Aunque no se trate de una definición jurídica sino eminentemente sociopolítica, expuesta con claridad manifiesta por Marshall, T.H., *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago, 1992, p. 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, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, *op. cit.*, pp. 21-23.

punto de encuentro entre el ejercicio del poder por el individuo y la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo,²³ 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”,²⁴ la ciudadanía pasa a ser el instituto jurídico imprescindible que recoge las condiciones subjetivas necesarias para esa conversión, así como el haz de derechos en los que se ha de plasmar la participación en el ejercicio del poder de una comunidad, consustancial a la soberanía democrática.

De todo ello se 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— instituciones jurídicamente necesarias, a las que procede dar un sentido adecuado a la estructura constitucional democrática de nuestro Estado.

2. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA: ENTRE LA IDENTIDAD Y LA DIFERENCIA

Como ya se apuntó antes, el derecho constitucional positivo de muchos Estados no refleja expresamente una nítida diferenciación entre nacionalidad y ciudadanía, confundiéndolas terminológicamente, no en pocas ocasiones. En el ámbito del derecho internacional, en consonancia con la definición dada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*, que considera a la nacionalidad “un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectividad solidaria de existencia de intereses y sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes”,²⁵ el *Art. 2 del Convenio Europeo sobre Nacionalidad, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997* (aún no ratificado por España) contiene una definición legal expresa de la nacionalidad, vinculante para los Estados parte, que la considera el vínculo legal entre una persona y un Estado que no hace referencia a su pertenencia a un grupo étnico. Por su parte, la ciudadanía carece de una definición equivalente.

A pesar de ello, se puede decir que nacionalidad y ciudadanía desempeñan una diferente función en el ordenamiento moderno:²⁶ la pri-

²³ Cfr. Emerich, F., *Ethnos und Demos*, Berlin, 1965, pp. 88 ss. En contra de atribuir al principio democrático un carácter inclusivo, cfr. Bauböck, R., *Transnational citizenship*, op. cit., pp. 197 ss.

²⁴ Cfr. Bastida Freijedo, F.J., *La soberanía borrosa: la democracia*, op. cit., pp. 389 ss.

²⁵ Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Case Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice Reports 1955, pp. 4 ss.

²⁶ Cfr. Kadelbach, S., *Staatsbürgerschaft - Unionsbürgerschaft - Weltbürgerschaft*, in Josef Drexel (Hrsg.), *Europäischen Demokratie, Nomos*, Baden-Baden, 1999, pp. 91 ss.

mera 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, permitiendo a través del ejercicio de los derechos fundamentales la integración de los individuos en los distintos sistemas de comunicación social.²⁷ Su tradicional vinculación legal y doctrinal²⁸ se encuentra parcialmente ligada al fenómeno histórico-político de la atribución de la soberanía a un sujeto nacional, obra de la teoría política de la revolución francesa, y a la distinción entre ciudadanos activos y pasivos.²⁹ 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,³⁰ la conexión entre el mero vínculo formal y abstracto de la

²⁷ En detalle sobre ambas funciones, véase Aláez Corral, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, op. cit., pp. 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, K., *Citizenship: Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder differenztheoretisches Konzept?*, Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000, pp. 195-196.

²⁸ Una vinculación que para Grawert, R., *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, Der Staat, No. 23, 1984, pp. 182 ss. se debe a la “función de llave” que posee la nacionalidad.

²⁹ Véanse los arts. 2 y 3 del Título II y art. 2 de la Sección 2a., 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 distinguía 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, D., *La citoyenneté: un concept juridique flou*, en Colas/Emeri/Zylberberg (dir.), *Citoyenneté et Nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Presses Universitaires de France, París, 1991, p. 182.

³⁰ El único texto constitucional decimonónico de la Alemania unificada que se inserta en la tradición revolucionaria francesa es la Constitución del *Reich* alemán de 1849. En efecto, la centralización del poder conseguida en los diferentes Estados alemanes durante los siglos XVIII y XIX culminará con la creación de un Estado nacional, el *Deutsches Reich* en 1871, bajo un vínculo federal entre los príncipes alemanes de aquellos reinos preexistentes que dotará de unidad al ordenamiento jurídico, de un buen grado de centralización al poder político y, sobre todo, 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

pertenencia al pueblo del Estado y el 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.³¹ 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 popular. Ello exigía distinguir entre una ciudadanía pasiva, atributiva de la condición de representado políticamente en tanto integrante de la nación o el pueblo del Estado, y de la garantía de los derechos civiles (de libertad) de la persona, y una ciudadanía activa, ligada a la atribución de derechos políticos que correspondía a un círculo de sujetos más reducido de ciudadanos,³² pero que con la democratización del Estado liberal se fue ampliando a cada vez más ciudadanos. 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.

Aunque en los primeros textos constitucionales revolucionarios no se distinguiera expresamente entre nacionalidad y ciudadanía,³³ la adquisición de la ciudadanía presuponía la previa posesión o la adquisi-

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

³¹ Sobre esta diferente evolución del contenido de la ciudadanía desde una perspectiva histórica comparada, cfr. Gosewinkel, D., *Untertanschaft, Staatsbürgerschaft, Nationalität*, Berliner Journal für Soziologie, 1998, No. 4, pp. 507 ss.

³² Véase Sewell, W.H., *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, pp. 106 ss., de los textos de Rousseau y Sieyès.

³³ Rapport, M., *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, Clarendon Press, Oxford, 2000.

ción simultánea de la nacionalidad,³⁴ sin que la inicial sin embargo la capacidad para formar parte del pueblo soberano estuviera 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 sin pertenecer a dicha comunidad étnico-cultural, integrándose en la comunidad política. Es más, la vinculación, de existir, se daba en el sentido opuesto de definir la nacionalidad a partir de la ciudadanía, esto es, la pertenencia a la comunidad nacional a partir de la vinculación de los sujetos al ordenamiento jurídico de esa comunidad y su correlativa capacidad para ser representados como integrantes del sujeto titular del poder soberano (ciudadanos pasivos) o para participar en su creación (ciudadanos activos).³⁵ 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 la nacionalidad francesa.

Sea como fuere, como ponen de relieve los textos constitucionales franceses, alemanes o españoles desde el siglo XIX la posesión de la ciudadanía activa (y por tanto el ejercicio de la soberanía) 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,³⁶ aunque aún existan algunos ordenamientos,

³⁴ Isensee, J., *Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung*, en Dieter Schwabe (Hrs.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 713.

³⁵ Véase Troper, M., *La notion de citoyen sous la Révolution française*, in *Etudes en l'honneur du Georges Dupuis*, LGDJ, Montchrestien, 1997, pp. 304 ss. y Weil, P., *Qu'est-ce qu'un français? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset, Paris, 2002, pp. 23-25.

³⁶ En detalle Aláez Corral, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, pp. 57-66.

como el de los EEUU, en el que ambos conceptos permanecen parcialmente desvinculados.³⁷

En resumen, parece posible afirmar que la nacionalidad hace referencia al vínculo jurídico de pertenencia de los individuos a una concreta colectividad humana o nación. Mientras, el moderno concepto de ciudadanía habría nacido de la mano del de nacionalidad como el concreto contenido jurídico-participativo que se anuda a la pertenencia del individuo a la comunidad, 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...)³⁸ 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 o ciudadanía formal.

3. DE LA “NACIONALIZACIÓN” DE LA CIUDADANÍA A LA “CIVILIZACIÓN” DE LA NACIONALIDAD

El concepto de nación se ha venido entendiendo desde hace tiempo en la teoría política tanto en un sentido subjetivo como en un sentido objetivo.³⁹ 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.⁴⁰ 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 colecti-

³⁷ Conforme a la Sec. 308 de la Immigration and Nationality Act existen “*nationals non citizens of the United States*”.

³⁸ Cfr. Soysal, Y.N., *Limits of citizenship. Migrants and postnational membership in Europe*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, pp. 136 ss.

³⁹ Véase la clásica distinción entre una (nación-cultural) y otra (nación-estado) forma de concebir a la nación que formulara ya Meinecke, F., *Weltbürgertum und Nationalstaat*, R. Oldenburg Verlag, München, 1962, pp. 10 ss.

⁴⁰ Cfr. el análisis que realiza Bauböck, R., *Transnational citizenship*, ob. cit. pp. 55 ss. de las teorías pactistas de Hobbes, Rousseau y Locke y de su trascendencia para una formulación voluntarista del vínculo de la ciudadanía; y

vidad.⁴¹ Los grandes criterios de atribución (*ius soli* y *ius sanguinis*) y adquisición (*ius domicili*) de la nacionalidad,⁴² combinados entre sí, y con otros de menor certeza jurídica (como el conocimiento de la lengua y la cultura, la lealtad política, etc....),⁴³ 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.⁴⁴

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

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

⁴¹ Es la concepción que abiertamente adopta Isensee, J., *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., pp. 708 ss., con lo que sujeta el concepto jurídico de nacionalidad y de ciudadanía (para él intrínsecamente ligada a la primera) a esta pre-comprensión étnico-cultural de la nación alemana.

⁴² Sobre los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad en general en nuestro país, cfr. Fernández Rozas, J.C., *Derecho de la Nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 133 ss. y 135 ss.

⁴³ 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, R., *Transnational citizenship*, op. cit., pp. 71 ss.

⁴⁴ En particular, como demuestra Bös, M., *The legal construction of membership: nationality Law in Germany and the United States*, op. cit., pp. 24, *ius sanguinis* y *ius soli* son mecanismos funcionalmente equivalentes para la socialización del individuo en el seno de una comunidad políticamente organizada.

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 era subjetivista (como Francia o los EEUU).⁴⁵ Un ejemplo paradigmático de ello es, a nuestro entender, el razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional en la *STC13/2001, de 29 de enero, F.J. 9o.* (caso Williams Lecraft), en la que, apartándose de buena parte de su jurisprudencia anterior sobre la prohibición de discriminación por razón de raza y el principio de igualdad, afirma que una persona de raza negra presenta una mayor probabilidad de no ser española que otra de raza caucásica, cuya nacionalidad española se presumiría en aras de la etnia racial a la que pertenece.⁴⁶ 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) a quienes pretendan integrarse en ese colectivo nacional.⁴⁷

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.⁴⁸ Y es, precisamente, este último aspecto uno de los que presenta mayores dificultades de compatibilidad con el principio democrático, mucho más

⁴⁵ Bös, M., *The legal construction of membership: nationality Law in Germany and the United States*, op. cit., pp. 25 ss.

⁴⁶ Una interpretación que le ha valido a España la condena del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de raza, prevista en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966 (*Rosalind Williams Lecraft c. España, Comunicación No. 1493/2006*)

⁴⁷ Sobre la absorción de lo cultural por el moderno concepto sociológico de etnia, cfr. Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Band I/1, JCB Mohr, Tübingen, 1956 (4. Auflage), pp. 236-237

⁴⁸ Muy ilustrativas son las palabras de Isensee, J., *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., p. 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, B.O., *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1995, Heft 3, pp. 307 ss.

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;⁴⁹ e inversamente más desvinculado de una homogeneidad cultural⁵⁰ que es 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 justifica y el pluralismo político como valores superiores de nuestro ordenamiento (Art. 1.1 CE).⁵¹ Como se verá seguidamente, una adecuada compatibilización entre el principio democrático y 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 constituye la sujeción igual al ordenamiento jurídico de quienes han expresado con la

⁴⁹ En contra de semejante concepto de “democracia de afectación”, Isensee, J., *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., pp. 728-729 ss., aunque sus argumentos se asienten circularmente en la preexistencia del pueblo como un concepto homogéneo y unitario pre-jurídico del que ha de manar la democracia.

⁵⁰ Cfr. Habermas, J., *Staatsbürgerschaft und nationale Identität* (1988), en *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., 1994, 4. Auflage, pp. 642-643.

⁵¹ 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 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, entre otros, 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). Sobre ellos, cfr. Giraudon, V, Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea, *Analysis of the Real Instituto Elcano (ARI)*, núm. 43, 2008.

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.

4. LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA CIUDADANÍA

A diferencia de la nacionalidad, el instituto de la ciudadanía, con origen en sus primeras construcciones grecolatinas,⁵² se concibe como un vínculo primero político-ideal y después legal de pertenencia a una determinada *cultura política*, propia de una comunidad humana.⁵³ En efecto, la pertenencia tanto a la *polis* griega como a la *civitas* romana del período republicano⁵⁴ 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.⁵⁵

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,⁵⁶ dada la pre-ordenación natural

⁵² Sobre todo en la polis griega. Sobre las diferencias entre la ciudadanía griega y la romana, y sobre la aplicabilidad del sentido esencial de la ciudadanía romana a la transformación de la ciudadanía en el Estado moderno, *cfr.* Crifo, G., *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 27-28, 81-82.

⁵³ Un análisis detallado de los distintas fases de construcción de este concepto en la Grecia clásica y en Roma puede verse en Zapata Barrero, R., *Ciudadanía y democracia...*, *op. cit.*, pp. 37-58 y en Klusmeyer, D.B., *Between consent and descent...*, *op. cit.*, pp. 9-18.

⁵⁴ 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, pp. 8-9.

⁵⁵ *Cfr.* Crifo, G., *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, *op. cit.*, pp. 67 ss.; Cordini, G., *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Cedam, Padova, 1998, pp. 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, con lo cual esa adscripción natalicia producía ya una cierta inmersión cultural hereditaria.

⁵⁶ Sobre la moderna ciudadanía (sobre todo en los EE.UU.) como un status y su vinculación la inclusión en la comunidad política a través de la posibilidad de ejercicio de del derecho de sufragio, Shklar, J.N., *American citizenship. The Quest for inclusion*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1991, pp. 14 ss.

o teológica de la sociedad en tanto que institución natural, por lo que de este *status* quedaban excluidos amplios colectivos humanos por razón de sexo, raza o pertenencia a otra comunidad política subyugada. Sin embargo, el elemento participativo, definitorio de aquella originaria configuración del instituto de la ciudadanía, salvando las distancias, sigue teniendo aplicabilidad en los procesos actuales derivados de la globalización y de los movimientos migratorios. En el período grecolatino, la ciudadanía acabó sirviendo para crear un vínculo jurídico de pertenencia a la comunidad política en beneficio de individuos que residían más allá de la *polis* o de la *urbs*, esto es, era el efecto jurídico de un movimiento centrífugo de extensión de las fronteras de la cultura política. Hoy en día, por el contrario, la ciudadanía, interpretada en el marco de una democracia constitucional, posee un efecto centrípeto integrador en la cultura política de cada Estado, entre otros, de los inmigrantes extranjeros.

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 el marco constitucional de un proceso comunicativo que la hace posible y la pluralidad cultural de los sujetos y los grupos que se hallan sujetos a ese marco.⁵⁷ 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*),⁵⁸ no debe caber 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 democrática no se puede orientar 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.⁵⁹

⁵⁷ Cfr. Habermas, J., *Staatsbürgerschaft und nationale*, op. cit., pp. 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. De Lucas, J., *Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2003, No. 37, pp. 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.

⁵⁸ Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class*, op. cit., p. 8.

⁵⁹ Habermas, J., *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, op. cit., pp. 642-643.

De lo anterior se deduce 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. Ello conlleva la necesidad de responder a un doble interrogante: en primer término, la posesión de qué derechos fundamentales definen el estatuto jurídico del ciudadano; y, en segundo lugar, si existe o no un 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 sociopolítico la ciudadanía se pretenda identificar con la plena pertenencia del individuo a la comunidad⁶⁰ 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 resulta discutible. En efecto, la progresiva humanización de los ordenamientos jurídicos estatales ha conducido a que los distintos textos constitucionales democráticos hayan extendido una buena parte de los derechos civiles y sociales a todas las personas que tengan contacto con el ordenamiento jurídico.⁶¹ No obstante, ello no ha implicado la universalización de todos los derechos sociales, ni mucho menos de todos los derechos políticos en un sentido amplio (libertades de expresión e información, reunión asociación, sindicación, y derechos de sufragio activo y pasivo, y de acceso a funciones públicas), que se siguen concibiendo como vinculados a la pertenencia a una colectividad nacional o a una más intensa relación de sujeción con el ordenamiento.⁶²

⁶⁰ En términos sociológicos la ciudadanía es un concepto inclusivo; *cfr.* Stichweh, R., *Zur Theorie politischer Inklusion*, en Holz, Klaus (Hrsg.), *Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000, p. 166.

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, en los derechos a la educación o el derecho a la atención sanitaria en casos de urgencia y peligro para la vida, que en el caso del ordenamiento jurídico español, a pesar de los recortes experimentados desde 2012 como consecuencia de la crisis económica aún se reconocen a todas las personas en contacto con el territorio español, con independencia de la nacionalidad (arts. 15 y 27 CE, en conjunción con el art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros, tal y como se ha redactado tras la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y con los arts. 3 y 3ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, de conformidad con lo establecido en la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016).

⁶² 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, R., *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University press, Cambridge, 2000, pp. 235 ss.; De Lucas, J., *Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia y pertenencia*, *op. cit.*, pp. 93-94 ss.; Aleinikoff, T.A., *Citizens, Aliens*,

Ciertamente, la progresiva ampliación de la ciudadanía (activa) en el ámbito del colectivo de nacionales a las mujeres o a los menores (titulares y, en parte ejercientes de buena parte de los derechos de participación), sobre todo a través de la universalización del sufragio, encuentra su correlato desde la perspectiva de la dignificación de la persona en la extensión de buena parte de los derechos fundamentales a todos los individuos con independencia de su nacionalidad.⁶³ 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. La razón de ello no se ha de ver en una presunta fundamentación contractualista 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 respecto de los extranjeros ilegales, e incluso de los legales residentes, en muchos casos tanto del lado del Estado, como del lado del propio extranjero inmigrante.⁶⁴ Y tampoco se encuentra en una concepción meta y pre-jurídica de la soberanía popular que condiciona la atribución de los derechos de ciudadanía a la pertenencia a un pueblo soberano concebido como una entidad socio-cultural preexistente al Estado.⁶⁵ Muy al contrario, la razón última de esta imposibilidad de identificación entre unos y otros derechos reside, en mi opinión, en la diferente sujeción que tienen los individuos en función de su nacionalidad, derivada de la segmentación en Estados nacionales,⁶⁶ 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.⁶⁷

membership and the Constitution, Constitutional Commentary, 1990, Vol. 7, pp. 9 ss.; Hammar, T., *Democracy and the nation state. Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, op. cit., pp. 198 ss.

⁶³ Sobre las razones para la extensión del derecho de sufragio a los extranjero véase Presno Linera, M., *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 45 ss., 62 ss.

⁶⁴ Schuck, P./Smith, R., *Citizenship without consent*, Yale University Press, New Haven, 1985, pp. 116 ss.

⁶⁵ Isensee, J., *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., pp. 715, 723 ss.

⁶⁶ Sujeción y no afectación, pues esta última no es manejable por ordenamientos jurídicos estatales territorialmente segmentados; sobre ello, *cfr.* Schaffer, J.K., *The boundaries of transnational democracy: Alternatives to the all-affected principle of democratic inclusion*, SSRN, 2006, <http://ssrn.com/abstract=2274644> (consultado el 31-07-2016). En un sentido diverso, abogando por el criterio de la afectación, véase Lagerspetz, E., *Democracy and the All-Affected Principle*, Res Cogitans, 2015 Vol. 10, No. 1, pp. 6 ss.

⁶⁷ Esta concepción funcional de los derechos fundamentales puede verse en Luhmann, N., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zu politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, pp. 23-25.

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, los políticos en un sentido estricto (sufragio activo y pasivo y acceso a funciones públicas), que, al permitir a su titular disponer de las condiciones bajo las cuales discurre esa sujeción (fundamentalmente las constituyentes y las legislativas), estén circunscritos sólo a quienes posean la máxima vinculación con el ordenamiento estatal, es decir, a los nacionales. Se debe tener en cuenta, además, que la ciudadanía política no se reduce al ejercicio del derecho de sufragio, puesto que existen muchos otros derechos de participación política en sentido amplio, respecto de los que, al disminuir la intensidad de la capacidad de configuración del sistema de quien participa, la sujeción requerida tampoco tienen por qué ser tan intensa, lo que explica la universalización de su titularidad.

No cabe, pues, identificar los derechos fundamentales que configuran el contenido de la ciudadanía política ni únicamente con el derecho de sufragio, ni con todos los derechos civiles, políticos y sociales que los textos constitucionales atribuyen a todas las personas. Ciertamente, muchos de estos derechos civiles, sociales y políticos en sentido amplio 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 aquélla, a través del cual la soberanía se ejerce de forma democrática.⁶⁸ 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 han de reconducir el más alto grado de disfrute de los derechos de ciudadanía y la posibilidad de utilizar el vínculo formal de la nacionalidad para definirlo.⁶⁹ A pesar de la presencia de fórmulas

⁶⁸ Donde se materializa el vínculo de pertenencia a la comunidad política; *cfr.* Shklar, J.N., *American citizenship. The Quest for inclusion*, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁶⁹ 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

de atribución de la soberanía al pueblo/nación en casi todos los ordenamientos democráticos modernos, lo cierto es que no todos los derechos de ciudadanía 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*—,⁷⁰ pero tampoco pertenecen todos 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 ciudadanos nacionales,⁷¹ al mismo tiempo permiten bajo ciertas condiciones la participación de los ciudadanos extranjeros en las elecciones en las que la cualidad y la cantidad de la decisión política son más reducidas (elecciones municipales)⁷² o en las elecciones de ámbito territorial supranacional (elecciones al Parlamento Europeo). Como se trata en último extremo de ejercicio de derechos que forman parte la praxis cívica, semejante apertura de los procesos de participación política local o europea a quienes no son nacionales del Estado miembro, pero sí lo son de algún otro de la Unión Europea, ha contribuido a avanzar hacia una ciudadanía europea, que, en la medida en que el ordenamiento comunitario se considere supremo sobre los ordenamientos de los Estados miembros, podría dar lugar a una forma de ciudadanía pasiva (nacionalidad) de corte federal.

Esto impide identificar al colectivo de los ciudadanos únicamente con los integrantes del pueblo soberano, 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 coinci-

una concepción democrática (*demos*) de la Nación del Estado (*ethnos*), *cfr.* Francis, E., *Ethnos und Demos*, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁷⁰ STC 115/1987, de 7 de julio, FF.JJ. 2o. y 3o.; y las recientes STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FF.JJ. 3o.-9o. y STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, F.J. 7o.

⁷¹ Excepciones son, por ejemplo, Chile (afrt. 14 de la Constitución de 1980) o Nueva Zelanda (Arts. 73 y 74 de la Ley Electoral núm. 87 de 1993).

⁷² 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*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141, 1993, pp. 1391 ss.

dentes. 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 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. Como se verá seguidamente, es preciso plantearse en qué medida sigue siendo necesaria la referencia a un sujeto colectivo en el que se reside la soberanía y qué sentido ha de tener hoy en relación con la pertenencia a la comunidad, pues de ello se derivará el concreto sentido que se le pueda dar a los vínculos jurídicos de la nacionalidad y la ciudadanía.

III. CONSECUENCIAS PARA LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA SOBERANÍA AL PUEBLO

1. EL SENTIDO DEMOCRÁTICO DE LA ATRIBUCIÓN DE LA SOBERANÍA A UN SUJETO COLECTIVO

Antes de hacer referencia a las consecuencias que tiene para la nacionalidad y la ciudadanía la imputación constitucional de la soberanía al pueblo, es preciso aclarar, en primer término, qué significado jurídico tienen en nuestro análisis dichas fórmulas soberanistas. 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.⁷³ No cabe, pues, caracterizar la soberanía como la cualidad de un sujeto pre-jurídico,⁷⁴ se construya éste a partir de criterios subjetivos u objetivos.⁷⁵ Los criterios

⁷³ Bastida Freijedo, F.J., *La soberanía borrosa: la democracia*, op. cit., pp. 390.

⁷⁴ 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, J., *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., pp. 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, A., *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 156 ss., con las dificultades que ello conlleva para la normatividad de la Constitución y sobre todo, para la configuración constitucional de la nacionalidad, al hacerlas depender de una determinada interpretación histórica.

⁷⁵ Böckenförde, E.W., *Die Nation – Identität in Differenz*, en Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt

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 el sujeto colectivo pre-jurídico nacido del pacto social originario,⁷⁶ pues el pueblo soberano jurídicamente es una construcción constitucional.⁷⁷ La imputación constitucional de la soberanía al pueblo tiene, pues, el trascendental sentido de indicar el modo —democrático— en el que el propio ordenamiento jurídico se estructura,⁷⁸ esto es, desarrolla la cualidad que expresa su plena positividad y autorreferencialidad.⁷⁹ 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 legitimar⁸⁰ y de estructurar la creación normativa, y no en el sentido de fundamentar la validez del ordenamiento.

Dicho esto, procede en segundo término determinar si la clausura inclusiva que conllevan la nacionalidad y la ciudadanía respecto de la pertenencia al pueblo soberano, es jurídicamente necesaria, o incluso compatible con el principio democrático, que es como se ha dicho la razón última de existir del dogma de la soberanía popular. Desde algunas posiciones se afirma la indisoluble vinculación entre la democracia y la soberanía de un pueblo concebido como previo al ordenamiento jurídico, y, por consiguiente, como condicionante de la democracia articulada por éste,⁸¹ lo que ya se ha dicho no es jurídico-positivamente

a. M., 1999, pp. 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 debería darle vida y no solo conservársela.

⁷⁶ Como pretenden Schuck, P./Smith, R., *Citizenship without consent*, op. cit., pp. 116 ss., pero también Bauböck, R., *Transnational citizenship*, op. cit., pp. 172 ss., aunque lleguen a conclusiones diferentes.

⁷⁷ Véase con respecto a la nación catalana y a la nación española la STC 42/2014, de 25 de marzo, F.J. 3o.: "...Obvio es que, en tanto que realidad socio-histórica, Cataluña (y España toda) es anterior a la Constitución de 1978. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, el "pueblo de Cataluña" invocado por la Declaración integral, sin embargo, un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional (al igual que sucede con el conjunto del "pueblo español" del que, conforme al art. 1.2 CE, "emanan todos los poderes del Estado")..."

⁷⁸ Cfr. Bastida Freijedo, F.J., *Constitución, soberanía y democracia*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 8, 1991, pp. 9 ss.

⁷⁹ Cfr. Bastida Freijedo, F.J., *La soberanía borrosa: la democracia*, op. cit., p. 390.

⁸⁰ Röllecke, G., *Souveränität, Staatssouveränität, Volkssouveränität*, en Murswiek/Storost/Wolff (Hrsg.), *Staat, Souveränität, Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 27-28 ss.

⁸¹ Véase por todos Isensee, Josef, *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., p. 705.

sostenible. Desde otras perspectivas, se propone, por contra, prescindir de la vinculación entre el núcleo político irreductible de la ciudadanía (derecho de sufragio y acceso a funciones públicas) y la nacionalidad como criterio formal del sujeto de la soberanía,⁸² permitiendo su ejercicio —y por tanto otorgándoles la ciudadanía— a todos los residentes con independencia de que sean nacionales o extranjeros,⁸³ maximizando la vigencia de una “democracia de afectación” o de “sujeción”. Sin embargo, las mismas 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 de un pueblo nacional (español, francés, etc...) y se reserva el derecho de sufragio o de acceso a cargos públicos 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 más que cuestionable.

En nuestra opinión, 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.⁸⁴ Por una parte, una moderna concepción democrática de la soberanía popular entiende al pueblo como un ente colectivo abstracto, no como la suma o agregado de individuos aisladamente considerados.⁸⁵ Ello explica que la necesidad de participación de los sometidos al poder en el ejercicio de éste se justifique, desde un punto de vista democrático, no sólo para garantizar la tutela de sus intereses individuales, sino también del interés general producto de su corresponsabilidad como ente colectivo⁸⁶ (aspecto comunitario-republicano). Pero, por otra parte, este bien común tiene más posibilidades de ser alcanzado allí donde se da la máxima garantía de autodeterminación individual del máximo número

⁸² Bryde, B.O., *Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratie*, op. cit., p. 312.

⁸³ Véase, por muchos, Bryde, B.O., *Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, op. cit., pp. 258-259 y Rubio Marín, R., *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, op. cit., pp. 235 ss.; Presno Linera, M. *El derecho de voto*, op. cit., pp. 45 ss., 62 ss.

⁸⁴ Cfr. Schauer, F., *Community, citizenship and the search for national identity*, Michigan Law Review, 1986, pp. 1504 ss.; Heater, D., *What is citizenship?*, Polity Press, Cambridge, 2002, pp. 98-99.

⁸⁵ Sobre la soberanía nacional residenciada por el art. 1.2 CE en el pueblo español, cfr. Punset Blanco, R., *En el Estado constitucional hay soberano*, Fundamentos, 1998, No. 1, pp. 329 ss.; Bastida Freijedo, F.J., *Constitución, soberanía y democracia*, op. cit., pp. 9 ss.

⁸⁶ Cfr. Isensee, J., *Abschied der Demokratie vom Demos...*, op. cit., p. 710.

de sometidos al poder, expresión del principio democrático,⁸⁷ pues ello es consecuencia del necesario respeto a la igual dignidad de todas las personas (aspecto liberal-individualista). Ello requiere una construcción fundamentalmente igualitarista y activo-participativa del pueblo soberano, es decir, la construcción del sujeto colectivo de la soberanía a partir del principio de afectación/sujeción, conforme al cual el ejercicio del poder debe corresponder de forma plural e igual a los sometidos a éste (afectados dentro de un territorio sometido a un poder soberano).

Y tanto uno como otro aspecto, democráticamente caracterizadores de las fórmulas de atribución de la soberanía al pueblo en las democracias constitucionales, tendrán como se verá seguidamente consecuencias para los institutos de la nacionalidad y de la soberanía.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LA NACIONALIDAD DE LA IMPUTACIÓN DE LA SOBERANÍA AL PUEBLO

Como consecuencia de lo anterior, es preciso plantearse las consecuencias jurídicas que tiene respecto de la nacionalidad la estructuración democrática de la creación normativa a partir de la imputación de la soberanía a un pueblo, concebido como un sujeto colectivo igualitario y plural.⁸⁸ 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 de la soberanía, es por lo que los criterios que el poder constituyente o legislativo 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 clásica distinción entre la soberanía nacional y la soberanía popular⁸⁹ 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.⁹⁰ Una fórmula aporta el elemento igualitarista participativo (soberanía popular) y otra

⁸⁷ Cfr. Bryde, B.O., *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, op. cit., p. 258.

⁸⁸ Una contraposición de las diferentes consecuencias que tendría para la nacionalidad la comprensión nacional-cultural o subjetivo-democrática del pueblo, se pueden ver en Wallrabenstein, A., *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, op. cit., pp. 159 ss.

⁸⁹ Véase Carré de Malberg, R., *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, Tome II, CNRS, París, pp. 167 ss.

⁹⁰ Cfr. Punset Blanco, R., *En el Estado constitucional hay soberano*, op. cit., pp. 329 ss.

el elemento representativo (soberanía nacional), presentes hoy en día en una u otra proporción en las democracias constitucionales. Ambos elementos condicionan 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 pueblo soberano y, por consiguiente, en el ejercicio del núcleo político de la ciudadanía, habría que entender que estaría implícitamente condicionado por el principio democrático como principio estructural de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE en relación con el art. 11 CE).

En efecto, el sujeto nacional de la soberanía (pueblo o nación, según la fórmula utilizada) debería construirse conforme a criterios que permitan combinar los elementos comunitarios-republicanos e individualistas-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 del Estado debe estar abierta mientras permanezcan abiertas las fronteras⁹¹ y, por tanto, debe quedar abierta la posibilidad de adquirir la nacionalidad y convertirse plenamente en ciudadanos a quienes por el transcurso del tiempo y la intensidad cuantitativa y cualitativa incrementen su condición de súbditos, 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.⁹² En una democracia constitucional, dicha pertenencia cabe construirla a partir de un acervo común a los sujetos que pasen a formar parte del pueblo al que se imputa la soberanía, siempre que ese acervo no tenga un carácter étnico o cultural, en el sentido de la tradicional *nación cultural*, sino un carácter constitucional-democrático, derivado de la sujeción a un marco normativo procedimental orientado a respetar la pluralidad cultural.⁹³

Por tanto, en nuestra opinión, el vínculo de la nacionalidad no debería construirse en un Estado democrático con la intención de reconstruir un ente colectivo caracterizado por unas señas comunes de identidad socio-cultural. Más bien al contrario, debería construirse con el fin de dotar de contenido personal a un sujeto colectivo, creado por el

⁹¹ Cfr. Walzer, M., *Spheres of Justice. A defense of pluralism and equality*, Basic Books, New York, 1983, p. 62.

⁹² Cfr. Massing J., *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, op. cit., pp. 24-25, con apoyo en la BVerfGE 83, 37 (51 ss).

⁹³ Cfr. Habermas, J., *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, op. cit., pp. 642-643.

texto constitucional con la fórmula soberanista, que está en permanente renovación y cuyo elemento de identidad común ha de ser la sujeción 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 implica, ciertamente, la incorporación automática al colectivo soberano de los residentes bajo el ordenamiento jurídico de un Estado. Dicha incorporación será democráticamente válida, mediante la atribución de la nacionalidad por nacimiento, en la medida en que esté ligada a elementos (patria potestad, nacionalidad y residencia de los progenitores,...) que presupongan racionalmente como promedio una cierta intensidad y permanencia del sometimiento del individuo al ordenamiento estatal, así como cuando con ella excepcionalmente se trate de evitar situaciones de apatridia. Pero se desviará de aquel principio estructural cuando la misma se produzca al servicio de fines políticos distintos, como la construcción de una base poblacional fuerte y extensa, una homogenización cultural de la nación, o, en fin, cuando desconozca la voluntad subjetiva de los convertidos automáticamente en nacionales en aras de una más perfecta congruencia entre el pueblo gobernante y el pueblo gobernado.

No se trata, pues, de que no se le pueda exigir nada a quien se incorpora como nacional e integrar automáticamente a todos los extranjeros residentes de larga duración,⁹⁴ sino que la democracia permite exigirles ciertos sacrificios para integrarse en el pueblo soberano, algunos inherentes al propio principio democrático (como el sometimiento a las reglas procedimentales o materiales producto del gobierno democrático), y otros externos a él pero consustanciales la existencia de diversos ordenamientos estatales territorialmente diferenciados y al papel que debe desempeñar la nacionalidad en relación con ellos, contexto jurídico en el que el principio democrático desarrolla sus efectos (como la renuncia a una nacionalidad anterior, o el desuso de la segunda nacionalidad que se posea). Sobre todo 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.⁹⁵ Además, la incorporación automática exacerbaría la producción de situaciones de doble nacionalidad

⁹⁴ Como pretende Rubio Marín, R., *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, op. cit., pp. 105 ss.

⁹⁵ Sobre la utilidad de la nacionalización para los extranjeros es especialmente interesante el análisis de Bauböck, R., *Transnacional citizenship*, op. cit., pp. 102 ss.

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 político de la ciudadanía, y no en los contextos de los Estados constitucionales democráticos occidentales en los que quiere mantener unido, pues convertirían en gobernantes de un Estado a quienes no son (o lo son mínimamente) gobernados.⁹⁶

Semejante cambio en la forma de entender la construcción del sujeto nacional de la soberanía tampoco pasa necesariamente por optar exclusivamente por unos u otros criterios de atribución de la nacionalidad por nacimiento, como el *ius soli* o el *ius sanguinis*. Tanto unos como otros pueden resultar compatibles o incompatibles con el principio democrático y terminar en una construcción étnico-cultural de la nacionalidad si no se combinan adecuadamente con un criterio como el *ius domicilii*⁹⁷ que asegure el contacto territorial con el poder del Estado. De ahí que resulte más que discutible atribuir la nacionalidad por nacimiento a quien ha nacido y reside con sus padres, nacionales de origen, fuera del territorio estatal, pues su vinculación al ordenamiento del Estado se reduce, 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 de un determinado Estado, con independencia de la residencia que el individuo vaya a tener.⁹⁸ Ciertamente, si los padres son nacionales es estadísticamente probable que residan en el territorio del Estado, 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 que toda Constitución democrática conlleva, suponer que tanto los padres como los hijos nacionales, en virtud de las específicas obligaciones de cuidado y custodia que muchos textos constitucionales imponen a los primeros, van a hallarse más

⁹⁶ 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 ello, críticamente, Carpizo, J., *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, pp. 73 ss.

⁹⁷ Sobre el criterio de la residencia (*ius domicilii*) como principal criterio democrático para la adquisición de la nacionalidad, *cfr.* Massing J., *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, *op. cit.*, pp. 27 ss.; respecto de España, *cfr.* Alaez Corral, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, pp. 160 ss.

⁹⁸ Sobre los inconvenientes del manejo asilado de unos y otros criterios, *cfr.* Bauböck, R., *Transnacional citizenship*, *op. cit.*, pp. 23 ss.

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, resultaría de difícil adecuación al principio democrático incluir en el pueblo soberano a través de la concesión de la nacionalidad a los hijos del nacional emigrante que durante largo tiempo ha perdido la más intensa y permanente vinculación con el ordenamiento estatal y cuyos hijos no la tendrán mientras se encuentren también emigrados bajo su guarda y custodia.

Teniendo en cuenta 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 semejantes se pueden encontrar tanto en legislaciones tradicionales de *ius sanguinis* —como la Ley de nacionalidad alemana (StAG) de 1999 o la Ley 91/1992 de ciudadanía italiana—, pero también en ordenamientos prototípicamente de *ius soli* —como el Código Civil francés o la Ley de inmigración y naturalización estadounidense (INA)—. Pero, lo cierto es que los ordenamientos mencionados rara vez los combinan con la suficiente intensidad con el criterio de la residencia (*ius domicilii*) en la adquisición por nacimiento de la nacionalidad, lo que sería una auténtica exigencia de su construcción democrática. Esta falta de conciencia de la necesidad de combinarlos con el criterio de la residencia se deja ver también en el art. 6 del *Convenio Europeo sobre Nacionalidad 1997*, que se olvida del *ius domicilii* en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad por nacimiento, pero que sin embargo lo tiene en cuenta en su art. 8 (la residencia en un país extranjero) para permitir a los Estados modular su obligación general de aceptar la renuncia voluntaria a la nacionalidad, a fin de 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 tímido ejemplo del condicionamiento del *ius sanguinis* por el *ius domicilii* se puede ver en 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 (31 de diciembre de 1999) y tuviese allí su residencia habitual, a no ser que el

menor resultase por ello apátrida"; aunque después el mismo precepto permite excepcionar la regla si el progenitor solicita la inscripción de su hijo en el registro en el plazo de un año.

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 para la naturalización por residencia posterior al nacimiento. La duración de esta residencia va desde los cinco años del Art. 21.17 del Código Civil francés, el Art. 114 c) Ley sueca de ciudadanía y el art. 316 a) de la INA estadounidense, hasta los diez años del Art. 10.1 de la 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 de la StAG alemana. Aun 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—,⁹⁹ lo reduce a dos años para los nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o para los sefardíes, es decir, para territorios que han mantenido históricamente una cierta identidad cultural con el Estado español, y no en cambio para Estados (los integrantes de la Unión Europea, salvo Portugal) con los que existe una comunidad de principios y valores democráticos.

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 español exige para la adquisición de la nacionalidad por residencia el conocimiento de la lengua castellana u otra lengua española cooficial y suficiente grado de integración socio-cultural (art. 22.4 CC genéricamente y art. 220.5 del Reglamento del Registro Civil —RRC—), lo que según la Disposición Final 7a. de la Ley 19/2015, se acreditará mediante dos pruebas, una de conocimiento de la

⁹⁹ Véanse entre muchas la *STS de 19 de septiembre de 1988, Sala 1a.*; *STS de 3 de mayo de 2001, Sala 3a.*, *STS de 22 de noviembre de 2003, Sala 3a.*; *STS de 10 de mayo de 2005, Sala 3a.*—, o más recientemente la *STS de 18 de julio de 2016, Sala 3a.*, que, como regla general, exigen no solo un título jurídico para encontrarse legalmente en el territorio español, sino específicamente 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 1a.*; *STS de 23 de noviembre de 2000, Sala 3a.*; *STS de 24 de mayo de 2007, Sala 3a.*, *STS de 10 de mayo de 2016, Sala 3a.*—, 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 3a.*—.

lengua española u otra lengua española cooficial de nivel A2 (en la línea del § 10.1. No. 6 y 7 de la StAG, del art. 21-24 del CC francés o de la Sec. 312 de la INA estadounidense) y otra tipo test de conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural de España (en la línea del art. 21-24 del CC francés, y del test de nacionalización del § 10.2 de la StAG alemana), 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 del CC francés y del art. 36 del Decreto 93-1362, de 30 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 del CC francés y del art. 36 del Decreto 93-1362, de 30 de desarrollo de esos artículos, de la Sec. 316 de la INA estadounidense, o del § 11 de la StAG alemana), 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 democracia¹⁰⁰ impediría, en nuestra opinión, exigir una lealtad política con el colectivo nacional (como por ejemplo hacen la Sec. 316 de la INA estadounidense, o el § 10.1. No. 1 de la StAG alemana), 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 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.¹⁰¹

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 alemana), que en democracias procedimentales como la española (art. 6, art. 168 CE);¹⁰² ni en ordenamientos en los que los extranjeros tienen constitucionalmente reconocidos más derechos fundamentales que donde tienen reconocidos menos derechos; ni tampoco en ordenamientos internamente multiculturales y territorialmente descentralizados (como

¹⁰⁰ Reiteradamente afirmado en la jurisprudencia constitucional: véase por todas la STC 48/2003, de 12 de marzo, F. J. 7o.

¹⁰¹ Véanse la STC 122/1983, de 23 de diciembre, F.J. 5o.; la 119/1990, de 21 de junio, FF.JJ. 4o. ss.; la STC 74/1991, de 8 de abril, FF.JJ. 4o. y 5o.

¹⁰² Sobre la comparación entre el entendimiento del principio democrático en los dos ordenamientos, ya De Otto y Pardo, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 27 ss.

España) que en ordenamientos que pretenden una homogeneidad cultural interna y por ello se organizan centralizadamente (como Francia).

En segundo lugar, es preciso indicar que los requisitos de asimilación étnico-cultural tienden a caracterizar la nacionalidad en una dirección opuesta a la definición dada a la misma por el art. 2 del Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 1997, como el vínculo legal entre una persona y un Estado que no hace referencia a su pertenencia a un grupo étnico.

En tercer 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.¹⁰³ 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), se dejan justificar mucho más difícilmente desde el punto de vista de la configuración pluralista del principio democrático,¹⁰⁴ y en ningún caso pueden sustentarse,¹⁰⁵ 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,¹⁰⁶ 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 nacional¹⁰⁷ ni tampoco en una presunta necesidad democrática de cierta homogeneidad cultural (en valores distintos de los

¹⁰³ Como, por ejemplo, ponen de relieve la *STS de 23 de septiembre de 2004, Sala 3a.*; la *STS de 29 de octubre de 2004, Sala 3a.*; la *STS de 11 de octubre de 2005, Sala 3a.*; la *STS de 13 de septiembre de 2006, Sala 3a.*; la *STS de 9 de abril de 2007, Sala 3a.* o la *STS de 4 de diciembre de 2007.*

¹⁰⁴ Cfr. Alaez Corral, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, op. cit., pp. 181 ss.; en un sentido opuesto, cfr. Wallrabenstein, A., *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, op. cit., pp. 163 ss.

¹⁰⁵ Así, en menor número de ocasiones nuestro Tribunal Supremo, como en la *STS de 16 de febrero de 2004, Sala 3a.*; o en la *STS de 22 de abril de 2004, Sala 3a.*

¹⁰⁶ Véanse, entre muchas, la *STS de 30 de noviembre de 2000, Sala 3a.*, o la *STS de 12 de noviembre de 2002, Sala 3a.*

¹⁰⁷ Véanse la *STS de 8 de febrero de 1999, Sala 3a.*, la *STS de 1 de julio de 2002, Sala 3a.*; la *STS de 17 de febrero de 2003, Sala 3.*; la *STS de 17 de febrero de 2003, Sala 3a.*; la *STS de 17 de octubre de 2007, Sala 3a.*

democráticos) del pueblo soberano. Desde el punto de vista del principio democrático, que preside ex art. 1 CE todo el ordenamiento jurídico español, los requisitos para la naturalización solo se justifican en que la residencia legal haya tenido lugar de conformidad —tanto negativa como positivamente— con los principios y valores constitucional-democráticos, tal y como la CE de 1978 los ha garantizado,¹⁰⁸ pero no en una adecuación del legal *modus vivendi* del solicitante de la nacionalidad a concretos valores constitucionales modificables,¹⁰⁹ pues de esto último implicaría una restricción del grado de pluralismo ideológico y valorativo admitido por nuestro sistema constitucional-democrático y con ello la indirecta conversión de nuestra democracia procedimental en un democracia militante. Cualesquiera fundamentaciones asimilacionistas, desvinculadas de la cultura constitucional-democrática, entrarían en contradicción con la supremacía constitucional (art. 9.1 CE), así como con el mayor valor de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, como sus valores superiores (art. 1.1 CE), de los que son reflejo unos derechos fundamentales, mayoritariamente atribuidos en condiciones de igualdad a españoles y extranjeros, a través de los cuales éstos pueden desarrollar multiculturalmente su personalidad (art. 13 1 y 2 CE). Y menos aún, si se tiene en cuenta que la nacionalidad es la condición de titularidad y ejercicio de los derechos consustanciales a la ciudadanía política, puesto que semejante potestad discrecional o soberana afectaría a su capacidad jurídica iusfundamental y al desarrollo de su dignidad como personas.¹¹⁰ 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. Es más, pareja a la *nacionalización de la ciudadanía* que, como se dijo, conllevaron históricamente aquellos dogmas soberanistas, debe completarse ahora una *recíproca civilización de la nacionalidad*, exigible a partir de la comprensión constitucional-democrática de aquellos dogmas.

¹⁰⁸ Como se desprende en esta dirección muy correctamente de la *STS de 14 de julio de 2004*, Sala 3a. y la *STS de 19 de junio de 2008*, Sala 3a., que convalidan la decisión administrativa de considerar la bigamia una prueba de la falta de acreditación de ese suficiente grado de integración en la sociedad española, en la medida en que la misma es reflejo de unos valores contrarios al principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el matrimonio, garantizado por los arts. 14 y 32 CE.

¹⁰⁹ Como sin embargo se desprende algunas decisiones jurisprudenciales; *cfr.* entre muchas la *STS de 16 de mayo de 2015*, Sala 3a.

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

3. CONSECUENCIAS PARA LA CIUDADANÍA POLÍTICA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA SOBERANÍA AL PUEBLO

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

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, lo cierto es que, como ya se dijo, no todos los derechos de participación política en sentido amplio aparecen atribuidos únicamente a ciudadanos nacionales —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*—. ¹¹¹ Y correlativamente, tampoco todos los derechos de participación política en sentido estricto (sufragio activo y pasivo y acceso a funciones públicas) corresponden siempre solo a los ciudadanos nacionales. En general, se puede decir que muchos ordenamientos, incluido el español (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, al mismo tiempo permiten bajo ciertas condiciones la participación de los extranjeros en las elecciones en las que la entidad de la decisión política es más reducida (elecciones municipales) 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. ¹¹² En esta misma línea de facilitar la participación

¹¹¹ STC 115/1987, de 7 de julio, FF.JJ. 2o. y 3o.; y las más recientes STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FF.JJ. 3o.-9o. y STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, F.J. 7o.

¹¹² Véase para España los arts. 13.1 y 2 CE y 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.

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 el de la nacionalidad de un Estado miembro, a partir de la ya existente atribución a los extranjeros no comunitarios residentes en el territorio de la Unión, de ciertos derechos de ciudadanía (libertad de establecimiento y de circulación, buena administración, acceso a archivos y registros o al Defensor del Pueblo Europeo, etc...).¹¹³

Lo anterior se explica por el hecho de que, si la soberanía se concibe como una cualidad del ordenamiento, nada se opone a que, en consonancia con su moderno sentido democrático de sujeción/afectación y a pesar de su expresa (art. 1.2, art. 13.2 y 23 CE) o implícita (art. 20.1 en relación con el Preámbulo de la GG alemana) atribución a un sujeto colectivo nacional, las democracias constitucionales hayan distinguido varios niveles de ejercicio de la soberanía por los integrantes del pueblo,¹¹⁴ y por tanto diversos grados de ciudadanía política.¹¹⁵

Así, 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,¹¹⁶ el francés¹¹⁷ o el español,¹¹⁸ para limitar la atribución de derechos de ciudadanía a individuos que no formaban parte del colectivo nacional sobre la base de una posible vulneración del carácter democrático del Estado, también debiera valer esta vinculación entre ciudadanía y democracia para definir las exigencias que esta última impone en la construcción de la primera, y que se trasladan al colectivo nacional al que se atribuye. Se acepta como compatible con el dogma de la soberanía de un pueblo nacional el sufragio activo y pasivo municipal —y por tanto la ciudadanía— de quienes no pertenecen —ni se puede pretender que pertenezcan a esos solos efectos— a ese colectivo,¹¹⁹ porque el mismo no afecta al núcleo de la soberanía, al núcleo de la

¹¹³ Véase los arts. 41 a 45 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, integrados en el capítulo V “Ciudadanía”.

¹¹⁴ Cfr. Bryde, B.O, *Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, op. cit., pp. 318 ss.

¹¹⁵ Aláez Corral, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, op. cit., pp. 217 ss.

¹¹⁶ BVerfGE 89, 155 ss. (ya en la BVerfGE 83, 37 ss. y en la BVerfGE 83, 60 ss.).

¹¹⁷ Decisiones 92-308 de 9.04.1992; 92-312 de 02.09.1992; y 92-313 de 23.09.1992 del Conseil Constitutionnel francés.

¹¹⁸ DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992.

¹¹⁹ DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992, FF. JJ. 3o. y 5o.

ciudadanía política, esto es, al derecho de sufragio en las elecciones nacionales o estatales (autonómicas), que es a través de las cuales se pone en marcha la *Kompetenz-Kompetenz* y, por tanto, el dominio sobre el proceso de integración.¹²⁰

En consonancia con lo anterior, se puede decir que corresponde al sujeto colectivo nacional el ejercicio de la soberanía con carácter principal pero no exclusivo, puesto que ésta no se agota en el ejercicio del derecho de sufragio, aunque, como se ha dicho, éste sea la más prístina expresión de los derechos de ciudadanía política. 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, 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 de aquél, la diferente intensidad en la vinculación y en el interés, según de qué decisiones normativas se trate, permite explicar, e incluso justificar democráticamente,¹²¹ que se extienda a los extranjeros residentes el derecho de sufragio en las elecciones locales, esto es, un cierto grado de ciudadanía política.

Por tanto, no sólo ejercen la soberanía los miembros del colectivo al que se imputa ésta,¹²² 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 autorrefencialidad y la positividad del ordenamiento jurídico, la reforma constitucional representa la función normativa que también expresa de un modo más nítido esa cualidad.¹²³ De ahí que en ella sólo puedan participar de forma directa o indirecta aquellos individuos en

¹²⁰ DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, F.J. 4o. ss., y BVerfGE 89, 155 (169-172).

¹²¹ Presno Linera, M., *El derecho de voto*, op. cit., pp. 74 ss.

¹²² 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, M., *El derecho de voto*, op. cit., pp. 135 ss., y en general sobre la consideración de los menores como partícipes en el ejercicio de la soberanía, cfr. Alaez Corral, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 45 ss.

¹²³ Alaez Corral, B., *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, op. cit., pp. 153 ss.

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 de aquél 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 pre-jurídica concepción objetivo-cultural del pueblo.